

Die Werbung mit dem Angebot von Waren unter Einstandspreis

Dissertation

**zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte**

**des Fachbereiches Rechts- und
Wirtschaftswissenschaften der
Johannes Gutenberg-Universität Mainz**

vorgelegt von

EDGAR LINDERMAN

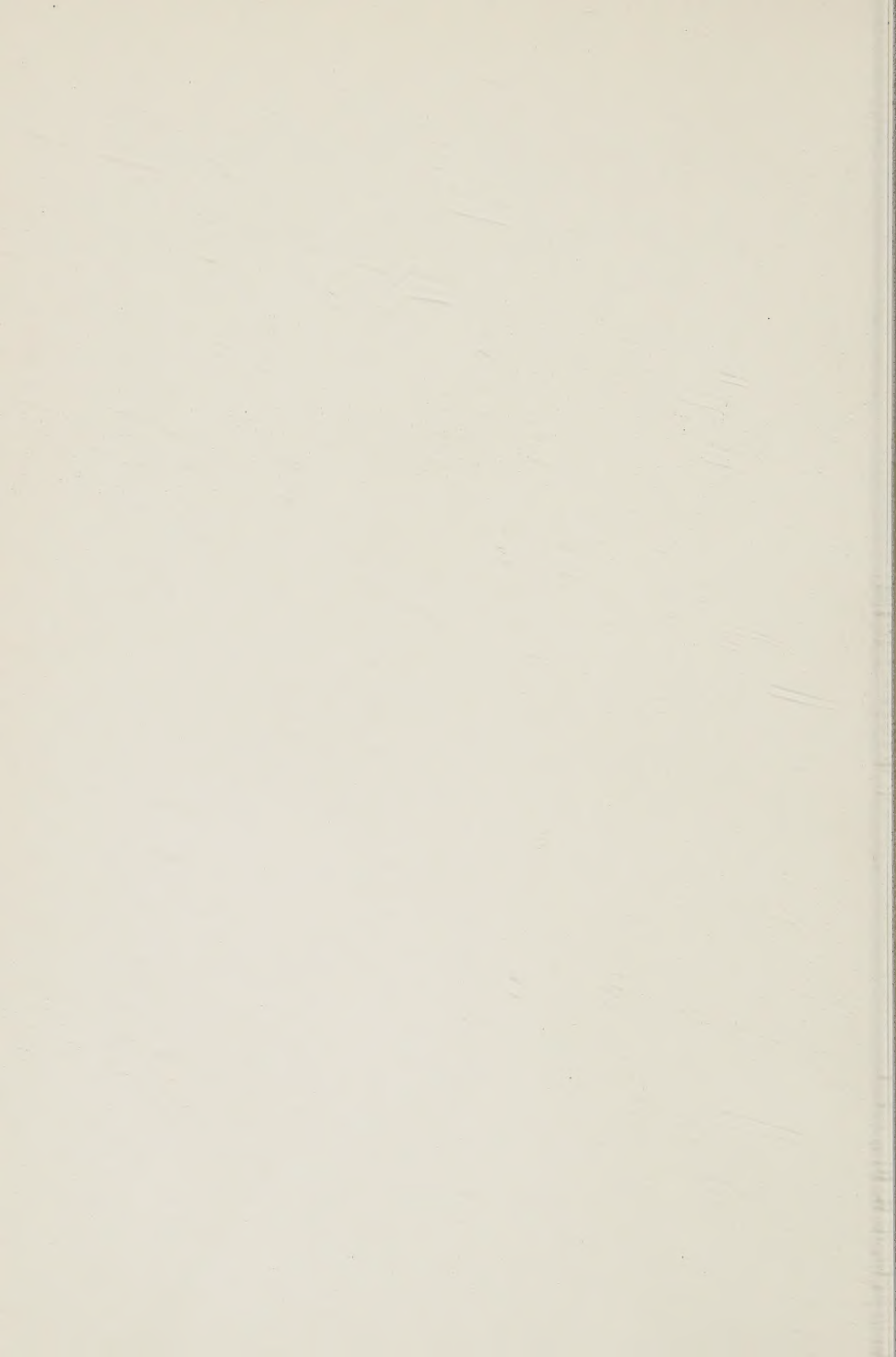
Rechtsanwalt in Frankfurt

1975



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554420_0110



DIE WERBUNG MIT DEM ANGEBOT VON WAREN UNTER

EINSTANDSPREIS

DISSERTATION

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs Rechts- und

Wirtschaftswissenschaften der

Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von

EDGAR LINDERMAN

Rechtsanwalt in Frankfurt

1975



Erstberichterstatter :

Professor Dr. jur. Alfons Kraft

Zweitberichterstatter :

Professor Dr. jur. Arndt Teichmann

Tag der mündlichen Prüfung :

19. Dezember 1975

Inhaltsübersicht

<u>Teil. Einführung</u>	Seite
I. Ausgangspunkt und Ziel- <u>setzung der Arbeit</u>	
1. Die Werbung mit dem Preis	1
2. Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht	4
3. Preisuntergrenzen auf Grund des Wettbewerbsrechts?	6
II. Klärung der Begriffe "Selbst- <u>kosten" und "Einstandspreis"</u>	
1. Die Selbstkosten	11
a) Gesamtkosten	
b) Einkaufspreis zuzüglich Zoll	
c) Kritik	13
2. Der Einstandspreis	14
3. Werbung	15
<u>Teil. Zur allgemeinen wettbewerbs- rechtlichen Relevanz des Ein- standspreises</u>	

I. Das gesetzlich erlaubte Sonder- <u>angebot</u>	16
1. § 1 Abs. 2 der Anordnung betr. Sonderveranstaltungen	16
2. Einschränkungen für das Sonder- angebot im Schrifttum	17
a) Verkauf mit Gewinn?	
b) Keine verstärkte Werbewirkung?	
c) Kritik	19
3. Die Erkennbarkeit als "be- sonderes Angebot"	22
II. Verkauf unter Selbstkosten in <u>ausländischen Rechtsbereichen</u>	
1. Allgemeines zu diesem Über- blick	24
2. Die Rechtslage in	
a) England	25
b) Frankreich	26
c) Italien	29
d) Kanada	30
e) Luxemburg	30
f) Schweiz	31
g) Vereinigte Staaten	32
3. Zusammenfassung und Ergebnis	35

III. Preisuntergrenzen in deutschen Gesetzen, Verordnungen, Gesetzesentwürfen, Wettbewerbsregeln und Vorschlägen im Schrifttum	
1. Preisuntergrenzen in Gesetzen	36
a) § 240 Abs. 1 Ziff. 2 der KO	
b) § 18 der VergleichsO	
2. Die Selbstkosten in Rechtsverordnungen	
a) § 9 Abs. 2 der KartellVO vom 15. Juli 1930	37
b) § 1 der VO über Wettbewerb vom 21. Dez. 1934	38
3. Selbstkosten in Gesetzesentwürfen	
a) § 20 des Kartellgesetzentwurfs von Böhm	40
b) Gesetzesnovellen zum UWG	41
4. Selbstkosten in Wettbewerbsregeln	
a) Wettbewerbsregeln	45
b) Rechtsprechung und Bundeskartellamt	47
c) Stellungnahme des Bundesjustizministeriums	
d) Zusammenfassung und Ergebnis	48
5. Sonstige Vorschläge zur Einschränkung des Angebots unter Selbstkosten	49

3. Teil. Verstoß gegen die "guten Sitten" des § 1 UWG als Ergebnis einer Interessenabwägung

I. Der Begriff der "guten Sitten" des § 1 UWG in Rechtsprechung und Wissenschaft	
1. Die guten Sitten als Normen der Sittlichkeit	50
a) Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden	52
b) Die Anschauung des Durchschnittsgewerbetreibenden	52
2. Die guten Sitten als Konventionennormen	53
3. Funktionswidriger Wettbewerb als Verstoß gegen die guten Sitten	53
4. Die guten Sitten als Ergebnis einer Interessenabwägung	54
5. Die guten Sitten und die Sozialmoral	57

II. Eigene Stellungnahme

1. Wortlaut und Entstehungs-
geschichte 58
2. Auslegung nach Sinn und Zweck
des UWG 61
 - a) Kritik an Konventionalnormen
als Beurteilungsmaßstab 61
 - b) Unlauterkeit wegen "Funktions-
widrigkeit"? 65
 - c) Sittliche Maßstäbe als Be-
wertungsgrundlage? 65
 - d) Bestimmung der guten Sitten
durch Interessenabwägung? 69
 - aa) Analyse der Rechtsprechung 72
 - bb) Meinungsstand in Schrifttum 76
 - cc) Ergebnis 81

4. Teil. Täuschung, sonstige sachwidrige Beeinflussungen der Verbraucher und Herabsetzung der Mitbewerber

- I. Vorbemerkung 82
- II. Die Irreführung des Publikums
nach § 3 UWG 84
 - Teil A.
Täuschung über die Preisbemessung
der angebotenen Ware selbst 84
 - Teil B.
Täuschung über die Preiswürdigkeit
des übrigen Sortiments 85
 1. Stand der Rechtsprechung 86
 2. Meinungsstand im Schrifttum 92
 3. Eigene Stellungnahme 93
 - a) Ausgangslage 93
 - b) Welche Assoziationen hat der
Verbraucher? 95
 - c) Die Kennzeichnung als "Sonder-
angebot" 101
 - d) Täuschung auch durch Sonder-
angebote? 103
 - aa) Meinungsstand 103
 - bb) Entscheidung durch Inter-
essenabwägung 104
 - cc) Ergebnis: Keine nach § 3
UWG relevante Irreführungs-
gefahr 108
 4. Täuschung durch "Preisschaukelei" 108
- III. Angebot unter Einstandspreis, ein
absolut negativer Bewertungsfaktor? 110
 1. Ein psychologischer Kaufzwang? 110
 - a) Allgemeines zum psychologi-
schen Kaufzwang 110
 - b) Die Sachlage beim Kauf unter
Einstandspreis 111

- | | |
|--|----|
| 2. Ein übertriebenes Anlocken? | 11 |
| a) Grundsätzliches zum "über-
triebenen Anlocken" | 11 |
| b) Kein "übertriebenes" Anlocken
beim Angebot unter Einstands-
preis | 11 |
| 3. Eine persönliche und sachliche
Herabsetzung des Mitbewerbers? | 11 |

5. Teil. Die schutzwürdigen Interessen
beim Angebot unter Einstandspreis

I. Die Interessen des Werbenden

Teil A.

- | | |
|---|----|
| 1. Absatzförderung bei Waren, die
schnell abgestoßen werden müssen | 12 |
| 2. Die Mischkalkulation | 12 |
| 3. Die Werbung | 12 |
| 4. Der Ausgleich von Standortnach-
teilen | 12 |
| 5. Die Weitergabe günstiger Ein-
standspreise | 12 |

Teil B.

Die Schutzwürdigkeit dieser Inter-
essen 12

II. Die Interessen der Mitbewerber

Teil A.

- | | |
|--|----|
| 1. Einbußen | 12 |
| 2. Marktverdrängung | 12 |
| 3. Ruinöse Vernichtungsunterbietung | 12 |
| 4. Schutz vor Irreführung des
Publikums | 12 |

Teil B.

Schutzwürdigkeit dieser Interessen,
Wahrscheinlichkeit und Intensität
ihrer Beeinträchtigung 12

III. Die Interessen der Verbraucher

Teil A.

- | | |
|--|----|
| 1. Interesse an solchem Angebot:
Günstige Einkaufsmöglichkeit | 13 |
| 2. Entgegenstehende Interessen: | 13 |
| a) Gefahr der Irreführung | |
| b) Sonstige Nachteile | |

Teil B.

Wettbewerbliche Relevanz und Schutz-
würdigkeit dieser Interessen 13

IV. Die Interessen der Markenartikel-
hersteller

Teil A.

- | | |
|--|----|
| 1. Konzentration im Einzelhandel | 13 |
| 2. Unannehmlichkeiten mit sonstigen
Abnehmern | 13 |
| 3. Schädigung des "good-will" | 13 |

Teil B.

Wettbewerbliche Relevanz und Schutzwürdigkeit dieser Interessen	144
--	-----

Teil. Bewertungsfaktoren beim Angebot unter Einstandspreis	150
---	-----

I. Bewertungsfaktoren aus dem Sachver- halt	
1. Der Besitzstand der Marken- artikelhersteller	151
2. Ausbeutung fremder Leistung ohne Einsatz eigener Leistung?	152
a) Grundsätzliches	
b) Fallgruppen zur Unlauterkeit der Ausnutzung fremder Leistung	153
aa) Täuschung	
bb) Nachahmung	
cc) unmittelbare Übernahme fremder Leistung	154
dd) fremde Leistung als Vor- spann	155
ee) Schmarotzen an fremder Werbung	155
c) Die allgemeinen Rechtsgedanken des "Ausbeutens" fremder Leistung	
aa) Der Vorsprungsgedanke	159
bb) Die eigene Leistung	160
cc) Ausnutzung der Bekanntheit und Nachfrage	164
d) <u>Ergebnis:</u> Keine unzulässige Rufausbeutung	164
3. Verstoß gegen die par concurren- tium?	166
a) Allgemeines zum wettbewerb- lichen Gleichheitsgrundsatz	
b) Verstoß gegen die Standessitte?	
c) Verstoß gegen Wettbewerbsregeln?	169
d) Verstoß gegen Berufs- und Wett- bewerbsrichtlinien?	171
e) <u>Ergebnis:</u> Keine Berufsstandsvergessenheit	173
II. Bewertungsfaktoren aus der Person des Werbenden	
Ziel der Werbung als Beurteilungs- faktor?	173
III. Öffentliche Belange als Bewertungs- faktoren	174
1. Zur allgemeinen Relevanz öffent- licher Belange im Wettbewerbsrecht	

2. Wirtschafts-, gesellschafts- und strukturpolitische Überlegungen?	177
a) Stellungnahme der Rechts- sprechung	
b) Meinungen im Schrifttum	178
c) Eigene Stellungnahme	179
aa) Wirtschaftspolitik im Rahmen des § 1 UWG?	
bb) Mittelstandsschutz?	180
d) <u>Ergebnis:</u> Unbeachtlichkeit allgemeiner wirtschafts- und strukturpoli- tischer Erwägungen	184
3. Angebot unter Einstandspreis - Verstoß gegen betriebs- und volkswirtschaftliche Grundsätze?	185
a) Die Rechtsprechung des Reichs- gerichts	
b) Heutiger Meinungsstand	186
c) Die Sachwidrigkeit betriebs- und volkswirtschaftlicher Überlegungen	187
d) <u>Ergebnis:</u> Irrelevanz dieser Grundsätze im Rahmen des § 1 UWG	189
4. Angebot unter Einstandspreis - unzulässig wegen der Gefahr der Nachahmung?	189
a) Die Nachahmungsgefahr in der Rechtsprechung	
b) Die Irrelevanz der Nachahmungs- gefahr	190
c) Nachahmungsgefahr nach den Grund- sätzen der Rechtsprechung?	193
d) <u>Ergebnis:</u> Nachahmungsgefahr scheidet als Bewertungsfaktor aus	197
5. Angebot unter Einstandspreis - unzulässig wegen einer Marktver- stopfung?	
a) Allgemeines zur Marktverstopfung	197
b) Keine Marktverstopfung beim Angebot unter Einstandspreis	199
6. Zusammenfassung und Ergebnis	203

7. Teil. Interessenabwägung anhand eines konkreten Falles

a) Der Sachverhalt	205
b) Rechtliche Beurteilung	205
aa) Täuschung?	205
bb) Übertriebenes Anlocken?	205
cc) Beeinträchtigung von Mit- bewerbern?	207
dd) Unzulässige Ausbeutung fremden Rufes?	208
c) <u>Ergebnis:</u> Angebot unter Einstandspreis - hier kein Verstoß gegen § 1 UWG	211

Schrifttumsverzeichnis

- Alexander - Katz Moderne Fälle unlauteren Wettbewerbs, 2. Aufl. 1933
- Antoni Die vergleichende Werbung, BB 1962, S. 1172 ff.
- Arzt Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, Diss. Tübingen 1962
- Baumbach Grenzen unerlaubten Wettbewerbs, namentlich die Preisunterbietung, MuW 1930, S. 2 ff.
- Baumbach - Hefermehl Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band I Wettbewerbsrecht, 11. Aufl. München 1974
- Becher Das Recht am good will, NJW 1951, S. 540 ff.
- Preisschleudern unter Selbstkosten als Wettbewerbsverstoß, BB 1953, S. 297 ff.
- Benisch Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs, WuW 1955, S. 421 ff.
- Bernhard/Schweer Schutz gegen Unterpreise und Lockvögel, WRP 1968, S. 216 ff.
- Blum Grenzen der Preisunterbietung, MuW 1930, S. 512 ff.
- Bock § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, BB 1958, S. 254 ff.
- Böhm Wettbewerb und Monopolkampf, 1933
- Borck Über "geheime Handelsmarken" und Interessenabwägung bei irreführender Werbung, WRP 1967, S. 253 ff.
- Zum Änderungsvorschlag der CDU/CSU, WRP 1968, S. 305 ff.
- Besteht Anlaß, § 3 UWG abermals zu ändern? WRP 1974, S. 531 ff.
- Über das Verwerfliche an Vorspannangeboten, WRP 1975, S. 75 ff.
- Zweifelsfragen betr. die Anordnung betr. Sonderveranstaltungen anhand der Entstehungsgeschichte zu beantworten versucht, WRP 1975, S. 396 ff.
- Breithaupt Die guten Sitten, JZ 1964, S. 283 ff.
- Briner - Eidenbenz Gutachten für den Schweizerischen Markenartikelverband Promarca vom 24. Juli 1971 (nicht veröffentlicht)

- v. Brunn Grundzüge des Kartellrechts,
Berlin 1938
Den Wettbewerb durch Unlauterkeit
fördern? WRP 1964, S. 177 ff.
- Bilow Der psychologische Kaufzwang,
GRUR 1974, S. 254 ff.
- Bungeroth Zur Feststellung des irreführend
Charakters einer Angabe im Sinne
von § 3 UWG n.F., GRUR 1971,
S. 93 ff.
- Burmann Leitfaden für Preisgestaltung,
Preiswerbung und Preiswettbewerb
in Industrie, Handel, Handwerk u
Gewerbe, 1966
Strukturwandel des Werbe- und We-
bewerbsrechts, WRP 1967, S. 71 ff.
Wettbewerbsrecht und gewerbliche
Rechtsschutz, WRP 1968, S. 258 ff.
Systematik des Werbe- und Wettbe-
werbsrechts, WRP 1969, S. 262 ff.
Das Ausbeuten des guten Rufes
fremder Waren - Anlehnen an frem-
de Waren und Warengestaltungen,
WRP 1971, S. 6 ff.
Zum Problem der Sittenwidrigkeit
im Wettbewerb, WRP 1972, S. 511
Werberecht - Entwicklung zu einer
neuen Rechtsdisziplin? WRP 1974,,
S. 596 ff.
- Bussmann - Pietzker - Gewerblicher Rechtsschutz und
Kleine Urheberrecht, 3. Aufl., 1962
- Bussmann Besprechung von: Kraft.
Interessenabwägung und gute Sitt-
en im Wettbewerbsrecht, GRUR 1965,
S. 119 ff.
- Callmann Kampfpreise MuW 1929, S. 570 ff..
Der unlautere Wettbewerb,
2. Aufl., 1932
- Daffis Wandlungen im Wettbewerbsrecht,
GRUR 1931, S. 801 ff.
- van Dam Preisunterbietungen als Mißbrauch
wirtschaftlicher Macht und als
unzulässiger Wettbewerb,
Diss. Basel 1935
- Degen Die Bedeutung des § 826 BGB für
den gewerblichen Rechtsschutz,
GRUR 1909, S. 137 ff.
- Deppe "Selbstkosten" - eine betriebs-
wirtschaftlich gerechtfertigte
Preisuntergrenze?
in: Fikentscher, Die Preisunter-
bietung im Wettbewerbsrecht, 196

- etmer Wettbewerbsregeln gegen Unter-
Preis-Verkäufe? WRP 1966, S. 117 ff.
- eutsch Entwicklung und Entwicklungs-
funktion der Deliktstatbestände,
JZ 1963, S. 385 ff.
- 511 Die Berücksichtigung der Nach-
ahmungsgefahr bei Wettbewerbsver-
stößen, BB 1965, S. 173 ff.
- roste Die unzulässige Preisunterbietung,
Beilage Nr. 5/56 zu DB 1956
- Die "guten Sitten" im Wettbewerb
und die Rechtsprechung, DB 1956,
S. 789 ff.
- Die Generalklausel des § 1 UWG
und das Richterrecht, DB 1963,
S. 719 ff.
- Recht, Moral und Sitte im Wettbe-
werb, WRP 1964, S. 65 ff.
- Den Wettbewerb durch Unlauterkeit
fördern? WRP 1964, S. 300 ff.
- Zum Begriff des "Sittenwidrigen"
im Wettbewerb, WRP 1965, S. 35 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom
17. Sept. 1969 "Lockvogel",
GRUR 1970, S. 35 ff.
- chmann Der Vorsprung durch eigenen Rechts-
bruch, GRUR 1967, S. 564 ff.
- Die vergleichende Werbung, München,
Köln, Berlin 1968
- saesser Der Rechtsschutz berühmter Marken,
Weinheim 1959
- kentscher Die Preisunterbietung nach neuem
Wettbewerbsrecht, BB 1958,
S. 201 ff.
- Wettbewerb und gewerblicher Rechts-
schutz, München und Berlin 1958
- Die Preisunterbietung im Wettbe-
werbsrecht, 2. Aufl., Heidelberg
1962
- Das Verhältnis von Kartellrecht
und Recht des unlauteren Wettbe-
werbs, GRUR AIT 1966, S. 181 ff.
- Preisschleuderei und Schutz da-
gegen, MuW XIV, S. 298 ff.
- enzen Auslegungsfragen im Recht der Wett-
bewerbsbeschränkungen, WuW 1957,
S. 741 ff.

- Frerichs Änderung des UWG? WRP 1967,
S. 427 ff.
Vermerk gegen den Vorentwurf eines
neunten Gesetzes zur Änderung des
Gesetzes gegen den unlauteren Wett-
bewerb vom 21. Sept. 1973
- Gaedertz Anmerkung zum Urteil des OLG
Koblenz vom 18. Febr. 1972,
WRP 1972, S. 266 ff.
Der Lockvogel-Begriff nach Inkraft-
treten der 2. Novelle zum GWB,
WRP 1973, S. 441 ff.
Anmerkung zum Urteil des BGH vom
21. Dez. 1973 "Intermarkt",
WRP 1974, S. 265 ff.
- v. Gamm Die Interessenabwägung im gewerb-
lichen Rechtsschutz, WRP 1959,
S. 227 ff.
Die Grenzen der Wertreklame,
WRP 1974, S. 1 ff.
- Gastinger Inwieweit ist die unmittelbare Aus-
nutzung einer fremden Leistung ein
Akt unlauteren Wettbewerbs?
GRUR 1965, S. 179 ff.
- Geiger Sonderangebote werben für das ge-
samte Sortiment, MA 1968, S. 417 ff.
- Geiler Die Konkretisierung des Rechtsge-
bots der guten Sitten im modernen
Wirtschaftsrecht,
in: Festschrift für Albert Pinner
1932, Teil II, S. 44 ff.
- v. Godin, Zu § 1 UWG und § 826 BGB, MuW 1930,
Reinhard S. 42 ff.
- v. Godin, Über den Verstoß gegen die wettbe-
werbsrechtlichen guten Sitten,
Hans GRUR 1966, S. 127 ff.
Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Berlin,
New York 1974
- v. Godin - Hoth Wettbewerbsrecht, Berlin 1957.
- Goerke Preisunterbietungen sittenwidrig?
WRP 1955, S. 61 ff.
- Hagen Die guten Sitten als Rechtsbegriff,
Gruchot Bd. 52, S. 497 ff.
- Hamann Deutsches Wirtschaftsverfassungs-
recht, Neuwied, Berlin, Darmstadt
1958
- Hammer Die unentgeltliche Vergabe von
Originalwaren, Diss. Mainz 1970

- Harder Zum Unwerturteil der Werbungsübersteigerung, GRUR 1962, S. 439 ff.
Der Einfluß der par condicio concurrentium auf die Bewertung im Wettbewerbsrecht, Diss. Hamburg 1968
- Harmsen § 3 UWG als Generalklausel und seine neuen Irreführungstatbestände, WRP 1969, S. 357 ff.
- Hass Lockvogelwerbung, Das Weinblatt 1970, S. 691 ff.
- Helseke Grenzfälle von Schutzrechtsverletzungen und unerlaubtem Wettbewerb, WRP 1969, S. 50 ff.
- Henke Verbesselter Schutz gegen Verkäufe unter Selbstkosten? WRP 1969, S. 172 ff.
- Henkel Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964
- Hiersemann Preisunterbietungen bei Markenartikeln, WRP 1963, S. 33 ff.
- Hohenecker - Friedl Wettbewerbsrecht, Graz, Köln 1959
- Holz Wettbewerbsregeln und Leistungswettbewerb, Diss. Aachen 1969
- Honig Die Verwendung fremder (Marken-) Namen im Geschäftsverkehr, WRP 1974, S. 662 ff.
- Hoth Territoriale Grenzen des Schutzbereichs von Warenbezeichnungen, GRUR 1968, S. 64 ff.
Übertriebenes Anlocken, GRUR 1974, S. 547 ff.
- Hubmann Grundsätze der Interessenabwägung, AcP Bd. 155, S. 85 ff.
Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl., München 1974
- Joerges Die klassische Konzeption des internationalen Privatrechts und das Recht des unlauteren Wettbewerbs, Rabels Z., 36. Jahrg., 1972, S. 421 ff.
- Isay Preisbindung bei Markenartikeln, GRUR 1927, S. 166 ff.
Rechtsnorm und Entscheidung, 1929
- Kaiser Sittenwidriges Preisunterbieten, MuW XXX, S. 390 ff.
- Kantzenbach Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1966
- Kartte Wettbewerbsregeln und Mittelstandsempfehlungen in der neueren Anwendungspraxis
in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1973/74, FIW-Schriftenreihe, Heft 71, S. 65 ff.

- Katzenberger Recht am Unternehmen und unlauter Wettbewerb, München, Köln, Berlin 1967
- Kaufmann Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart, JZ 1963, S. 137 ff
- Kirchberger Die Bedeutung von Mitteln und Zwe im Wettbewerb, MuW 1933, S. 275 ff
- Kisseler Die Bedeutung des Wettbewerbsrecht in Zeiten wirtschaftlicher Rezession, WRP 1974, S. 649 ff.
- Knöpfle Der Rechtsbegriff Wettbewerb und die Realität des Wirtschaftslebens Köln, Berlin, Bonn, München 1966
- Koenigs Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, S. 1041 ff.
- Köhler Der unlautere Wettbewerb, Berlin
- Krabbe Werbung mit dem Preis, Diss. Münster 1965
- Kraft Interessenabwägung und gute Sitte im Wettbewerbsrecht, München, Berlin 1963
- Die Berücksichtigung wirtschaftspolitischer und gesellschaftspolitischer Belange im Rahmen des § 1 UWG
in: Festschrift für Bartholomeycz 1973, S. 223 ff.
- Unlauterer Wettbewerb durch Werbung mit der Preiswürdigkeit?
WRP 1975, S. 83 ff.
- Krieger Ist das UWG reformbedürftig?
GRUR 1968, S. 511 ff.
- Kröger Die Grenzen der Preisunterbietung in den USA, Köln, Berlin, Bonn 1962
- Kroitzsch Die Wettbewerbsregeln in kartell- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, GRUR 1965, S. 12 ff.
- Langen - Böckstiegel Kommentar zum Kartellgesetz 4. Aufl., Stand 1.2.1967
- Lehmann Wirtschaftspolitische Kriterien in § 1 UWG
in: Festschrift für Ulmer 1973, S. 321 ff.
- Lobe Der Hinweis auf fremde gewerbliche Leistung als Mittel zur Reklame, MuW 1916/1917, S. 129 ff.
- Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. I 1907, Bd. III 1907
- Luchterhandt Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der unmittelbaren Ausnutzung fremder Leistung, GRUR 19 S. 581 ff.
- Lutz Wettbewerbsregeln für Markenartikel MA 1967, S. 49 ff.

- Markenverband
Verbot der Lockvogelwerbung im UWG? MA 1968, S. 337 ff.
- Martino
Markenartikelangebote unter Einstandspreis, MA 1973, S. 40 ff.
Lockvogelwerbung im Einzelhandel, MA 1965, S. 285 ff.
Das Verbot der Lockvogelwerbung im neuen § 3 UWG, MA 1969, S. 381 ff.
Das Lockvogelurteil des Bundesgerichtshofes, MA 1969, S. 594 ff.
- Mellerowicz
Markenartikel, 2. Aufl., München, Berlin 1963
Zur Eignung von Kostengrößen als Kriterium der Unzulässigkeit von Lockvogelangeboten, MA 1968, S. 339 ff.
Die wirtschaftliche Bedeutung der Lockvogelwerbung im Einzelhandel, MA 1969, S. 43 ff.
- Merkel
Die Bekämpfung unzulässiger Preisunterbietungen, Köln, Berlin, Bonn, München 1962
- Messing
Die Hintergründe der Lockvogelthese, Handelsblatt vom 1./2. März 1963,
Auszüge in: MA 1963, S. 253 ff.
- Meyer - Cording
Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechtes, JZ 1964, S. 273 ff. und 310 ff.
- Möhring
Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 1954, S. 493 ff.
- Mugdan
Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899
- Müller - Henneberg - Schwartz
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl., 4. Lieferung
- Müller - Scholz
Zur Novelle des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, WRP 1968, S. 241 ff.
- Nastelski
Schutz der Allgemeinheit im Wettbewerbsrecht, GRUR 1969, S. 322 ff.
- Nerretter
Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechtes, Berlin 1936
- Osel
Der Benzinhandel braucht eine Konzeption, Handelsblatt vom 27.1.1969, S. 9; Auszug in: MA 1969, S. 45
- Osterrieth
Zwangslose Betrachtungen über § 1 des neuen Wettbewerbsgesetzes, GRUR 1909, S. 399 ff.
- Paul
Lockvogel-Werbung und moralischer Kaufzwang, WRP 1968, S. 170 ff.
Lockvogelwerbung, WRP 1970, S. 10 ff.

Piepenbrock	Das Änderungsgesetz zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, WRP 1970, S. 132 ff.
Raiser	Marktbezogene Unlauterkeit, GRUR AIT 1973, S. 443 ff.
Rasch	Preisstellung unter Selbstkosten, WuW 1953, S. 387 ff.
Recken	Die Bekämpfung der Preisschleuderei mit Markenartikeln, GRUR 1915, S. 24 ff.
Reimann	Wettbewerb und "gute Sitten", WuW 1957, S. 621 ff.
Reimer	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 2. Bd. Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Köln, Berlin 1972, bearbeitet von v. Gamm Einige Bemerkungen zum Leistungsschutz des § 1 UWG in: Festschrift für Wendel 1969, S. 98 ff. Lockvogelwerbung und Sonderangebote, GRUR 1974, S. 568 ff.
Reinhardt	Unterbieten als Problem des Wettbewerbs- und Kartellrechts, MuW 1930, S. 468 ff.
Rheinfels	Wann ist Preisschleuderei sittenwidrig? WuW 1956, S. 785 ff. Wettbewerbsregeln nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Teil II), DB 1958, S. 301 ff.
Rinck	Gute Sitten im Wettbewerbsrecht in: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, Göttingen 1971, S. 151 ff.
Rödding	Scheinargumente im Wettbewerbsrecht, DB 1969, S. 1877 ff.
Rosenthal	Preisschleudern mit Markenartikeln, GRUR 1915, S. 32 ff. Preisschleudern mit Markenartikeln, JW 1915, S. 227 ff. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 9. Aufl. 1969, bearbeitet von Leffmann
Roth - Stielow	Die "guten Sitten" als aktuelles Auslegungsproblem, JR 1965, S. 210 ff.

- v. Sack Die Wettbewerbsregeln nach § 28
GWB und das Recht des unlauteren
Wettbewerbs, Diss. Erlangen 1969
Sittenwidrigkeit, Sozialwidrigkeit
und Interessenabwägung, GRUR 1970,
S. 493 ff.
§ 1 UWG und Wirtschaftspolitik,
WRP 1974, S. 247 ff.
Zur Zulässigkeit von Vorspannange-
boten, WRP 1975, S. 65 ff.
- Samwer Verbraucherschutz und Wettbewerbs-
recht, GRUR 1969, S. 326 ff.
- Sauberschwarz Die Auswirkungen der Umfrage-Gut-
achten auf das Wettbewerbs- und
Warenzeichenrecht, WRP 1970,
S. 46 ff.
- Schmitz - Hangbers Verbraucher-, Händler- und Herstel-
lerschutz im Preiswettbewerb, ins-
besondere bei Lockvogelwerbung,
BB 1974, S. 346 ff.
- Schramm Die Preisschleuderei als Wettbe-
werbsproblem, GRUR 1940, S. 133 ff.
- Schrauder Wettbewerbsverstöße als Eingriff in
das Recht am Gewerbebetrieb,
Bielefeld 1970
- Schricker Gesetzesverletzung und Sittenver-
stoß, München 1970
Unlauterer Wettbewerb und Ver-
braucherschutz, GRUR AIT 1970,
S. 32 ff.
Entwicklungstendenzen im Recht des
unlauteren Wettbewerbs, GRUR 1974,
S. 579 ff.
- Schwartz Verfolgung unlauteren Wettbewerbs
im Allgemeininteresse, GRUR 1967,
S. 333 ff.
- Seydel Wirtschaftspolitische Erwägungen
als Grundlage wettbewerbsrechtlicher
Entscheidungen? MA 1956, S. 83 ff.
- Simitis Gute Sitten und ordre public,
Marburg 1960
- Skeoch Die Abschaffung der vertikalen
Preisbindung - einige Bemerkungen
zur kanadischen Erfahrung,
WuW 1965, S. 388 ff.
- Smoschewer Zu Herrmann Isays, "Rechtsnorm und
Entscheidung", GRUR 1929, S. 1265 ff.

- Spengler Die Bekämpfung der Preisschleuderei
WuW 1953, S. 5 ff.
- Spengler - Weber Wettbewerb - Recht und Schranken,
2. Aufl., Stuttgart und Wiesbaden
1972
- Steffen Preisbindung und Mittelstand,
Handelsblatt vom 26.8.1968,
S. 9; Auszug in: WRP 1968, S. 361
- vom Stein Zur Beurteilung irreführender Wer-
bung ohne demoskopische Gutachten,
WRP 1970, S. 332 ff.
- Steindorff Zur Anwendung des Begriffes "gute
Sitten" im Recht der Wettbewerbs-
beschränkungen, Summum Ius Summa
Iniuria, Auszug in: BB 1963,
S. 1385 ff.
- Tetzner Zum Verhältnis von Sonderveranstal-
tung und Sonderangebot,
GRUR 1959, S. 309 ff.
- Gesetz gegen den unlauteren Wettbe-
werb, 2. Aufl., Köln 1957
- Die Problematik der Generalklausel
des § 1 UWG, NJW 1962, S. 1087 ff.
- Interessenabwägung bei irreführende
Werbung, JZ 1965, S. 605 ff.
- Der verbraucherorientierte öffent-
liche Warentest, NJW 1965, S. 725 ff.
- Zur Lehre von der unlauterkeitsbe-
gründenden unmittelbaren Leistungs-
übernahme, JR 1968, S. 324 ff.
- Teubner Standards und Direktiven in General-
klauseln, Frankfurt 1971
- v. Tirpitz Die englische Gesetzgebung zum Ver-
bot der Preisbindung der zweiten
Hand, WuW 1964, S. 862 ff.
- Tschierschky Anmerkung zum Urteil des OLG
Düsseldorf vom 25. Juli 1929,
Kart Rdsch 1930, S. 255 ff.
- Ulmer Das Recht des unlauteren Wettbewerbs
in den Mitgliedsstaaten der
Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
- Band I Vergleichende Darstellung,
1967
- Band II Belgien/Luxemburg
bearbeitet von: Schrickler und
Wunderlich, 1967
- Band III Deutschland
bearbeitet von: Reimer, 1968
- Band IV Frankreich
bearbeitet von: Krasser, 1967
- Band V Italien
bearbeitet von: Schrickler, 1965

tsche Vereinigung für
erblichen Rechtsschutz
Urheberrecht

eilung Wettbewerbs-
nung des Bundesverbandes
Deutschen Industrie

er

ner

acker

finger

trale zur Bekämpfung
auteren Wettbewerbs e.V.

belius

Eingabe betr. Entwurf eines Gesetzes
zur Änderung des Gesetzes gegen den
unlauteren Wettbewerb, GRUR 1968,
S. 355 ff.

Eingabe betr. Entwurf eines Neunten
Gesetzes zur Änderung des Gesetzes
gegen den unlauteren Wettbewerb,
GRUR 1974, S. 456 ff.

Verhaltenskodex Industrie-Handel
Grundsätze für Marktverhalten und
Partnerschaft zwischen Industrie
und Handel, WRP 1973, S. 389 ff.

Lockvogelwerbung, WRP 1970, S. 130
ff.

"Lockvogel"-Werbung, WRP 1964,
S. 141 ff.

Rechtsprechung und Sittengesetz,
JZ 1961, S. 337 ff.

Schenkung als Werbemaßnahme,
WuW 1955, S. 71 ff.

Änderung des UWG - Eine erste
Stellungnahme, WRP 1968, S. 43 ff.

Das Wesen des Rechts, 2. Aufl.,
München 1969

Einführung in die juristische
Methodenlehre, München 1971

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
abgedr.	abgedruckt
a.F.	alte Fassung
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Baumbach-	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd I
Hefermehl	Wettbewerbsrecht, 11. Aufl. 1974
BB	Der Betriebsberater (Jahr, Seite)
Bd	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundes-
	gerichts (Band, Seite)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in
	Strafsachen (Band, Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in
	Zivilsachen (Band, Seite)
BKartA	Bundeskartellamt
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
	(Band, Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Fußn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
Godin	Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 1974
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts,
	begründet von Gruchot (Band, Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
	(Jahr, Seite)
GRUR AIT	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht,
	Auslands- und Internationaler Teil (Jahr, Seite)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
Kart Rdsch	Kartellrundschau (Jahr, Seite)
KG	Kammergericht
LZ	Lebensmittel-Zeitung (Jahr, Seite)

LG	Landgericht
MA	Der Markenartikel (Jahr, Seite)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MuW	Markenschutz und Wettbewerb (Jahr, Seite)
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabels (Jahr, Seite)
Rdz	Randziffer
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
Rspr.	Rechtsprechung
Sec.	Section
st.	ständige
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr, Seite)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr, Seite)

1. Teil

Einführung

I. Ausgangspunkt und Zielsetzung der Arbeit

1.) Die Werbung mit dem Preis

Werbung ist die geschäftliche Anpreisung von Waren oder Leistungen mit dem Ziel der Absatzförderung. Das Publikum soll auf das eigene Angebot aufmerksam gemacht werden und zugleich über die angebotenen Leistungen informiert werden.¹⁾

Die Werbung mit der Qualität und dem Preis einer Ware entspricht grundsätzlich den Anforderungen an den Leistungswettbewerb, wonach der Kampf um Marktanteile mit eigener Leistung geführt werden soll. Da aber Verbrauchermärkte und Einzelhandelsgeschäfte vielfach die gleichen Waren führen, können sie sich durch die Qualität ihrer Leistung nicht von der Konkurrenz abheben. Deshalb hat gerade die Werbung mit dem Preis in diesen Bereichen besondere Bedeutung. Wie die zahlreichen und häufig ganzseitigen Annoncen in Tageszeitungen erkennen lassen, ist die Werbung mit dem Preis ein beliebtes Mittel der Selbstdarstellung mit der Absicht, Kundschaft anzulocken.²⁾

Besonders in Krisenzeiten mit gesteigertem Preisbewußtsein beim Publikum hat das Hinlenken der Aufmerksamkeit des Publikums auf die eigene Preiswürdigkeit besondere Bedeutung gewonnen.

1) Baumbach-Hefermehl, Übersicht vor § 3, Rdz. 21,3 ;

2) Droste, "Die unzulässige....." a.a.O. S. 1;
Kraft, "Unlauterer Wettbewerb..." a.a.O. S. 83;

Vor allem in industriellen Ballungsgebieten und Großstädten kommt es durch die Vielzahl der großen und kleinen Verkaufsstätten zu verschärfter Konkurrenz und damit auch zu gesteigertem Preiskampf.³⁾ Oftmals werden einige aus dem Gesamtsortiment herausgegriffene Waren besonders preisgünstig angeboten. Damit sich das eigene Angebot auch wirklich deutlich von dem der Konkurrenz abhebt, werden einige Artikel häufig sogar mit Verlust angeboten. Der Kaufmann verzichtet bei diesen Waren also auf seine Gewinnspanne und verkauft sie manchmal sogar unterhalb der Preise, für die er diese Artikel selbst eingekauft hat. Das Ziel einer solchen Werbung liegt auf der Hand. Zunächst einmal soll die Aufmerksamkeit des Publikums auf dieses Geschäft gelenkt werden, Kundschaft soll angelockt werden, wobei dann durch den Kauf auch anderer, nicht so günstig kalkulierter Artikel nicht nur der durch den Verkauf unter Einstandspreis entstandene Verlust ausgeglichen wird, sondern durch gesteigerte Gesamtumsätze sogar noch ein erhöhter Betriebserlös erzielt wird.

Von diesem Werbemittel machen vor allem Verbrauchermärkte, Discountbetriebe und Selbstbedienungs-Warenhäuser Gebrauch. Als Lockartikel werden dabei fast ausschließlich Lebensmittel, Spirituosen, sonstige Genußmittel und einige technische Gebrauchsgüter eingesetzt.⁴⁾ Voraussetzungen für einen späteren kalkulatorischen Ausgleich eines derartigen Verlustangebots sind ein umfangreiches Sortiment, große Verkaufsflächen, ausreichende Kapitalausstattung und die Koppelung mit weiteren Werbemaßnahmen, meist Zeitungsinseraten.

-
- 3) Mellerowicz, "Die wirtschaftliche Bedeutung.." a.a.O. S. 43 (48);
4) Gaedertz, "Der Lockvogel-Begriff" a.a.O. S.441 (442); Messing, a.a.O. S. 253;

Der klein- und mittelständische Einzelhandel ist teilweise nicht in der Lage, solche Werbemethoden ebenfalls durchzuführen. Aus diesen Kreisen wird oft der Vorwurf erhoben, die eben beschriebene Form der Werbung sei unlauter. Auch fühlen sich die Hersteller der Markenartikel, die zum Anlocken eingesetzt werden, in ihren Rechten verletzt.

Diese Form der Werbung ist bereits vielfach Gegenstand der Rechtsprechung gewesen. Von der höchstrichterlichen Rechtsprechung wurde dabei allerdings im wesentlichen nur die Frage untersucht, ob diese Werbeform wegen einer Täuschung des Verbrauchers über die Preisbemessung des Gesamtsortiments nach § 3 UWG unzulässig ist. Die weitere Frage, ob der Verkauf unter Einstandspreis auch einen Verstoß gegen § 1 UWG darstellt, wurde entweder ausdrücklich offengelassen⁵⁾ oder wurde nur beiläufig erörtert.⁶⁾

Mit der vorliegenden Arbeit soll ein Beitrag zur Klärung der Frage geleistet werden, unter welchen Umständen das Angebot von Waren unter Einstandspreisen zu Werbezwecken gegen die §§ 1, 3 UWG verstößt.

5) BGH U. von 17.9.1969, WRP 69, S. 446 (440)

6) "Lockvogel" = GRUR 70, 33(35);
BGH WuW 55, S. 188 (122) "Händlererrabatt"; BGH GRUR 60, S. 331 (334) "Schleuderpreise";

2.) Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht

Nach unserer Wirtschaftsordnung ist der Kaufmann in seiner Preisgestaltung grundsätzlich frei. Ihm steht es frei, die Preise der von ihm angebotenen Waren nach eigenem freien Ermessen zu bestimmen. Das Recht der freien Preisgestaltung wird als "Grundrecht" des Kaufmanns in einer freien, marktwirtschaftlich ausgerichteten Wirtschaftsordnung angesehen.⁷⁾

Nach Wegfall der Preisbindung der zweiten Hand - von den hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen - ist er weder vertraglich noch gesetzlich verpflichtet, bestimmte Preise einzuhalten. Kann er den Preis nach freiem Ermessen festsetzen, dann ist es ihm auch nicht verwehrt, die Preise seiner Mitbewerber zu unterbieten.

Es ist daher dem BGH zuzustimmen, wenn dieser in seinem Urteil vom 4. Juli 1954⁸⁾ ausführt:

"Das Mittel der Preisunterbietung ist eine im Leistungswettbewerb alltägliche und ohne das Vorliegen besonderer Umstände nicht sittenwidrige wettbewerbliche Maßnahme."

In seiner Entscheidung vom 27. Juni 1958⁹⁾ hat der BGH seinen Standpunkt bekräftigt:

"Im Rahmen einer marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung steht es einem Unternehmen grundsätzlich frei, seine Preisgestaltungen in eigener Verantwortung vorzunehmen. Nur bei Vorliegen besonderer erschwerender Begleitumstände kann.... die Preisunterbietung sittenwidrig sein."

⁷⁾ LG München U. v. 21.2.1972 WRP 72, S. 488;
LG Mainz U. v. 6.8.1971 WRP 71, S. 528 (539);
Baumbach-Hefermehl, § 1, Rdz. 189;
Kraft, "Unlauterer Wettbewerb ..." a.a.O. S. 83;

⁸⁾ WuW 155, 118 (122) "Händlerabbatt";

⁹⁾ BGHZ 28, 54 (60) "Direktverkauf";

Unterschiedliche Preise und der Versuch durch billigere Preise den Mitbewerber zu unterbieten, um ihm dadurch Kunden absperstig zu machen, sind Wesensmerkmale gesunden Wettbewerbs. Nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung¹⁰⁾ und Schrifttum¹¹⁾ ist die Preisunterbietung als Mittel des Wettbewerbskampfes per se nicht sittenwidrig. Das Anbieten unter Selbstkosten kann deshalb nicht bereits deswegen unlauter sein, weil dadurch Mitbewerber unterboten werden. Es kann aber wegen Irreführung oder sonstiger unsachlicher Beeinflussung der Kunden sittenwidrig sein, liegen solche besonderen Begleitumstände nicht vor, wird dann weiterhin zu prüfen sein, ob eine solche Wettbewerbshandlung nicht gleichwohl allgemein nach einer Gesamtabwägung der beteiligten Interessen des Anbieters, der Mitbewerber, der Markenartikelhersteller und der öffentlichen Belange als unlauter bezeichnet werden muß.

-
- 10) außer Fußn. 8,9: RG MuW 33, S. 403(405) "Tilsiter Zeitung"; RGZ 144, 41 (50) "Rosenträger"; RGU vom RG GRUR 36, 645 (650) "Auslandsgelder"; RG GRUR 38, 127 (128) "Weinbergpfähle"; BGHZ 28, 387(396) "Nelkenstecklinge"; BGH Z 44, 288(302) "Apfel-Madonna"; BGH GRUR 60, 331 (334) "Schleuderpreise"; BGH GRUR 66, 617(620) "Saxophon"; OLG Bamberg, GRUR 71, 81(82);
- 11) Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz, 190; Burmann, "Leitfaden für." S.1; Benisch, "Zum gesetzlichen Schutz." a.a.O. S. 421 (430); Fikentscher, "Die Preisunterbietung." a.a.O. S.201 (203); Godin, "Wettbewerbsrecht" § 1, Rdz.185; Ulmer-Reimer, "Das Recht des." Bd. III S.666, Rdz. 913; Reimer, 38. Kap. Rdz. 2; Tetzner, "Gesetz gegen..." § 1, Rdz. 111;

3) Preisuntergrenzen auf Grund des Wettbewerbsrechts ?

Wie festgestellt ist nicht nur die Festsetzung der Preise dem Kaufmann überlassen, sondern es ist ihm auch erlaubt, die Preise seiner Mitbewerber zu unterbieten. Gleichwohl gibt es in der Rechtsprechung ¹²⁾ und vor allem im Schrifttum zahlreiche Stimmen, nach denen jedenfalls die Unterschreitung des Einstandspreises wettbewerbswidrig ist.

- a) Der angesprochene Verbraucher unterliege immer einer Täuschung über die Preisbemessung des gesamten Angebotes. Ihm werde der Eindruck vermittelt, als sei auch das übrige Angebot gleich günstig. Er werde darüber irreführt, daß der Händler bei anderen Waren seines Sortiments die Verluste wieder einbringen müsse. ¹³⁾ Auch werde durch ein solches Angebot ein "psychologischer Kaufzwang" auf den Kunden ausgeübt. Dieser sei gezwungen, anstandshalber außer diesen besonders günstigen Angeboten auch andere Waren zu kaufen. ¹⁴⁾ Das Angebot von Waren unter Einstandspreis sei darüber hinaus unlauter wegen "übertriebenen Anlockens" weil auf den Kunden ein unsachlicher Kaufanreiz ausgeübt werde. ¹⁵⁾

12) OLG Koblenz, NJW 51, 661 (662);

13) Hiersemann, a.a.O. S. 22(37); Lutz, "Wettbewerbsregeln..." a.a.O. S. 52; Steffen, a.a.O. S. 9;

14) Wegner, a.a.O. S. 141(144); Paul, "Lockvogelwerbung..." a.a.O.S. 10(11);

15) Paul, "Lockvogelwerbung und..." a.a.O.S. 178; Gaedertz, "Der Lockvogelbegriff..." a.a.O.S. 441 (443);

- b) Im Verhältnis zu seinen Mitbewerbern sei der Verkauf unter Einstandspreis "Absatzbehinderung" und "destruktiver Verdrängungswettbewerb". Ein Preis, der nicht mindestens die Selbstkosten decke, sei nicht das Ergebnis eigener Leistung, sondern erfolge immer nur zum Zwecke der Behinderung der Mitbewerber.¹⁶⁾ Außerdem sei das Angebot unter Einstandspreis eine persönliche Herabsetzung der Mitbewerber. Der Anbieter behaupte durch sein günstiges Angebot zumindest mittelbar, die Mitbewerber verlangten überhöhte Preise und übervorteilten dadurch ihre Kunden¹⁷⁾.
- c) Gegenüber dem Hersteller sei der Einsatz seines Erzeugnisses als Lockmittel ein "Schmarotzen an fremder Werbung", weil der Kaufmann die durch die Werbung des Herstellers erlangte Bekanntheit der Ware für eigene Zwecke ausnutze.¹⁸⁾ Auch liege eine "Ausbeutung fremder Leistung"¹⁹⁾ und ein "Einspannen fremden Rufes zur Empfehlung der eigenen Leistung"²⁰⁾ vor, weil der Werbende die vom Hersteller mit Mühe und Kosten aufgebauete Wertschätzung des Publikums für eigene Zwecke ausbeute. Durch das Angebot zu diesen Tiefstpreisen werde auch der Ruf einer Marke
-
- 16) Becher, a.a.O. S. 297 (298); Lutz, "Wettbewerbsregeln." a.a.O. S. 52; Martino, "Das Lockvogelurteil." a.a.O. S. 594 (599);
- 17) Briner-Eidenbenz, S. 20, 24; Rosenthal, "Preis-schleudern..." GRUR 1915, 32, JW 1915, 227; Wegner, a.a.O. S. 141 (143, 144);
- 18) Gaedertz, "Der Lockvogelbegriff." a.a.O. S. 441 (444); Lutz, "Wettbewerbsregeln." a.a.O. S. 52; Wegner a.a.O. S. 141 (144); Martino, "Das Lockvogelurteil..." a.a.O. S. 594 (599);
- 19) Lutz, "Wettbewerbsregeln." a.a.O. S. 52; Verhaltenskodex Industrie a.a.O. S. 389 (391);
- 20) Becher, "Das Recht am..." a.a.O. S. 540; Gaedertz, Anm. zum U. des OLG Koblenz v. 18.2.192 a.a.O. 266 (268);

und der "Good-will" eines Unternehmens geschädigt, da der Verbraucher von den auffälligen plötzlichen Billigpreisen auf eine Qualitätsminderung schließe.²¹⁾ Diese Werbung führe auch zu einer "Absatzbehinderung" des Herstellers, weil diejenigen Händler, die die Ware nicht ebenfalls zu diesen Tiefpreisen abgeben können, den Artikel mangels gewinnbringender Absatzmöglichkeit aus ihrem Sortiment streichen und der Hersteller nach einiger Zeit nur noch einigen Großabnehmern gegenüberstehe.²²⁾

- d) Der Verkauf unter Einstandspreis sei auch deswegen unlauter, weil er gegen Interessen der Allgemeinheit verstoße. Er sei regelmäßig dazu geeignet, eine Monopolisierung des Marktes herbeizuführen und habe deshalb eine volkswirtschaftlich unerwünschte "Monopolbildung" zur Folge.²³⁾ Der Verschleiß qualitätsstarker Markenartikel führe für den Verbraucher zu einer "Verschlechterung der Marktübersicht".²⁴⁾ Deshalb sei der Unterkostenverkauf eine "Substanzverschleuderung volkswirtschaftlich interessanter Werte".²⁵⁾

21) Bernhard/Schweer, "Schutz gegen..." a.a.O. S.216 ; Gaedertz, "Der Lockvogel-Begriff"... a.a.O.S.441; Lutz, "Wettbewerbsregeln..."a.a.O. S. 54; (444) Mellerowicz, "Die wirtschaftliche..."a.a.O.S.43(56) Wegner, a.a.O. S. 141 (144);

22) Bernhard/Schweer, "Schutz gegen..." a.a.O. S.216; Lutz, "Wettbewerbsregeln für..." a.a.O. S. 54; Mellerowicz, "Die wirtschaftliche..."a.a.O.S.43(56)

23) Benisch, "Zur Problematik..." S.421 (432);

24) Verhaltenskodex-Industrie a.a.O. S. 389 (391);

25) Becher, "Preisschleudern..." a.a.O. S. 297 (298);

- e) Der Verkauf unter Selbstkosten sei ein teilweises Verschenken von Leistungen und rechtlich ebenso wie das Verschenken von Waren zu beurteilen. Dieses verstoße gegen die Gebote "kaufmännischer Betriebsführung", zwingt die Mitbewerber zur "Nachahmung" und verursache eine "Marktverstopfung", da den Konkurrenten ein Verkauf zu höheren Preisen praktisch unmöglich gemacht werde.²⁶⁾ Die Nachahmung durch die Mitbewerber führe schließlich zu einer "Übersteigerung des Wettbewerbs" ²⁷⁾. Durch den Verkauf einzelner Waren unter Einstandspreisen werde der übrige Warenabsatz mit Aufwendungen belastet, die die Allgemeinheit zu tragen habe.²⁸⁾

Aus diesen Gründen sei der Verkauf unter Einstandspreis kein Mittel des Leistungswettbewerbs mehr.²⁹⁾ Der Verkauf unter Einstandspreis oder jedenfalls der des Markenartikels sei grundsätzlich unlauter, es sei denn, er werde durch wichtige wirtschaftliche und betriebswirtschaftliche Gründe gerechtfertigt.³⁰⁾

-
- 26) Becher, "Preisschleudern...." a.a.O. S. 297 (299); Hiersemann, a.a.O. S. 33 (36); Lutz, "Wettbewerbsregeln..." a.a.O. S. 54; Markenverband, "Verbot der..." a.a.O. S. 337 (338);
27) Markenverband, "Verbot der..." a.a.O. S. 337(338);
28) Becher, "Preisschleudern..." a.a.O. S. 297(299);
29) Martino, "Das Lockvogelurteil..." a.a.O. S. 594; Tschierschky, a.a.O. S. 255 (259) (599)
30) Becher, "Preisschleudern..." a.a.O. 297 (299, 300); Burmann, "Leitfaden..." 885 II. S. 3; van Dam, a.a.O. S. 63; Hiersemann, a.a.O. S. 33(36); Rheinfels, "Wann ist Preisschleuderei..." a.a.O. S. 785 (788);

Diese kleine Auswahl zeigt, daß gegen das Angebot von Waren unter Einstandspreis zahlreiche rechtliche Bedenken vorgebracht werden. Ob jedes der aufgezählten Argumente wettbewerbsrechtlich überhaupt relevant ist, soll an dieser Stelle noch dahingestellt bleiben. Es hat sich aber bereits gezeigt, daß es sich bei der Werbung mit dem Angebot von Waren unter Einstandspreis offensichtlich um schwierige wirtschaftliche Interessenkollisionen handelt,³¹⁾ die mit Hilfe der §§ 1, 3 UWG einer sachgerechten Lösung zugeführt werden müssen.

31) Fikentscher, "Die Preisunterbietung." a.a.O. S. 201(204); Lehmann, a.a.O. S. 321(330);

II. Klärung der Begriffe "Selbstkosten" und "Einstandspreis"

Im Zusammenhang mit der Unterschreitung gewisser Preisgrenzen werden den beim Verkauf verlangten Preisen unterschiedliche Kostenpreise gegenübergestellt. Man prüft, ob diese Preise den "Selbstkostenpreis", den "Einstandspreis" oder den "Fabrikabgabepreis" unterschreiten. Bevor untersucht werden kann, ob an eine Rechnungsgröße ein rechtliches Unwerturteil geknüpft werden kann, muß zunächst ein geeigneter Anknüpfungspunkt gefunden werden.

1.) Die Selbstkosten

- a) Teilweise werden als Selbstkosten diejenigen Kosten verstanden, die dem Kaufmann bis zur Bereitstellung der Ware zum Verkauf entstehen. Nach Mellerowicz versteht der Handel unter den Selbstkosten die Summe aller durch den betrieblichen Leistungsprozeß entstandenen Kosten, bezogen auf die Leistungseinheit ³²⁾. Die Selbstkosten umfassen die Warenkosten (Einkaufspreis), die Einzelkosten des Produkts und die Generalunkosten des Betriebes. Die Generalunkosten wiederum umfassen die Verwaltungskosten, Lagerungs- und Vertriebskosten. In diesem Sinne verstand auch anfänglich die Rechtsprechung den Begriff Selbstkosten. ³³⁾

Mellerowicz räumt ein, daß es unmöglich ist, nach dieser Methode die von der einzelnen Ware verursachten Kosten exakt zu errechnen.

32) Hiersemann, a.a.O. S. 33 (35); Mellerowicz, "Zur Eignung von..." a.a.O. S. 339 (340), vgl. auch § 3 Ziff. 1 der Wettbewerbsregeln des Kohleeinzelhandels WuW 1955, S. 719;
33) KG MuW 1912, 197 (198);

Die Gemeinkosten seien zu 75 v. H. Fixkosten, die nicht stück-, sondern zeitabhängig seien und deshalb auch nicht genau errechenbar auf das einzelne Produkt umgelegt werden könnten.³⁴⁾

Nach Spengler soll die Schwierigkeit der Umlegung der Einzelkosten dadurch umgangen werden, daß ein neutraler Wirtschaftsprüfer nach Durchführung einer Reihenuntersuchung bei verschiedenen Spitzenbetrieben den Selbstkostenpreis des Bestbetriebes als allgemein-gültig festlegt.³⁵⁾

Lutz schlägt vor, der Händler solle seine Betriebskosten ermitteln und daraus einen Prozentsatz seines Gesamtumsatzes errechnen. Dieser durchschnittliche Kostensatz, einschließlich Steuern, wäre dem Einstandspreis hinzuzurechnen.³⁶⁾

- b) Andere verstehen unter den Selbstkosten nur den Wareneinkaufspreis zuzüglich Fracht und Zoll, aber ohne die allgemeinen Geschäftskosten.³⁷⁾
- Auch die Rechtsprechung ist teilweise bei der Beurteilung der Werbung "...Prozent unter Selbstkosten" von diesem Begriffsverständnis ausgegangen.³⁸⁾

³⁴⁾ Mellerowicz, "Zur Eignung von.."a.a.O. S. 339 (340);

³⁵⁾ Lutz, "Wettbewerbsregeln..."a.a.O. S. 49 (54);

Spengler, "Preisschleuderei..." S. 35; vgl. auch Lutz, "Wettbewerbsregeln.." a.a.O. S. 49 (54);

³⁶⁾ Lutz, "Wettbewerbsregeln.." a.a.O. S. 49(54); ähnlich auch § 2 der Wettbewerbsregeln des Fachverbandes des Deutschen Tapetenhandels (WuWE 1327, 1328). Bei Mischkalkulation sollen die "anteiligen Durchschnittsbetriebskosten" angerechnet werden.

³⁷⁾ Baumbach-Hefermehl, § 3, Rdz. 305; Krabbe, a.a.O. S. 50; Rosenthal, "Gesetz gegen..." § 3, Rdz. 87;

³⁸⁾ KG MuW 1914, 370 (374); OLG Düsseldorf MuW 1913, S. 208 (209); RG JW 1916, S. 273 (274, 275);

c) Kritik

Es hat sich gezeigt, daß es nicht einmal in der Betriebswirtschaft eine allgemein gültige Definition der Selbstkosten gibt. Selbst wenn man dem Begriff Selbstkosten einen bestimmten Begriffsinhalt zuweist, so stößt in der Praxis seine Ermittlung doch auf unüberwindbare Unsicherheiten und Schwierigkeiten.³⁹⁾

Auch die für Handelsgruppen oder Branchen zu errechnenden Durchschnittskostensätze sind zur Ermittlung der Selbstkosten ungeeignet. Einmal sind die Selbstkosten von Betrieb zu Betrieb unterschiedlich, zum anderen bieten weder das Gesetz noch die von Rechtsprechung und Wissenschaft zum UWG entwickelten Grundsätze einen Ansatzpunkt dafür, an die Unterschreitung eines branchenüblichen Durchschnittswertes das wettbewerbliche Unlauterkeitsurteil anzuknüpfen.

Mit der ganz überwiegenden Meinung sind daher die Selbstkosten, weil zu unbestimmt und nicht justiziabel, als Bewertungsmaßstab abzulehnen.⁴⁰⁾

39) Deppe , a.a.O. S. 113 ;

40) Henke, a.a.O. S. 172 (173); Markenverband, "Verbot der..." a.a.O. S. 337 (339); Mellerowicz, "Zur Eignung von..." a.a.O. S. 339 (340); Piepenbrock, a.a.O. S. 132 (133); Rasch, a.a.O. S. 387 (389); Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drucksache VI 4035) a.a.O. S. 338 (339); Ulmer-Reimer, "Das Recht..." Bd. III S. 668 Rdz. 9;

2.) Der Einstandspreis

- a) Auch über den Begriff des "Einstandspreises" gehen die Meinungen auseinander. Für Mellerowicz setzt sich dieser aus den Kosten für die Waren abzüglich aller Rabatte zuzüglich aller Aufwendungen, die durch den Transport der Ware bis zum Verwendungsort entstehen (Fracht, Zoll, Verpackung usw.)⁴¹⁾ zusammen.
- b) Überwiegend wird unter dem Einstandspreis jedoch der Fabrikabgabepreis abzüglich aller Rabatte plus Mehrwertsteuer verstanden. Auch die Rechtsprechung prüft in der Mehrzahl der Fälle, ob unterhalb des niedrigsten Fabrikabgabepreises zuzüglich Mehrwertsteuer angeboten und verkauft wurde.⁴²⁾
- c) Zwar ist auch der Begriff des Fabrikabgabepreises noch nicht vollständig geklärt. Fraglich ist beispielsweise, ob auch "Aktionsrabatte", die vom Hersteller für die Abnahme eines bestimmten Warenpostens oder für die besondere Herausstellung seiner Ware gewährt werden, vom Fabrikabgabepreis abzuziehen sind.⁴³⁾ Der Einstandspreis ist auch dann schwierig festzustellen, wenn er von der Abnahmemenge pro Jahr abhängt, weil er dann erst nach Ablauf des Verrechnungsjahres eindeutig und endgültig ermittelt werden kann.

41) Mellerowicz, "Zur Eignung von..." a.a.O. S.339(340)

42) Markenverband, "Verbot der.." a.a.O.S. 337 (339); Gaedertz, "Der Lockvogelbegriff..."a.a.O.S.441(443)

43) Gaedertz, Anm. z. U. des OLG Koblenz v. 18.2.1972, a.a.O. S. 266 (267);

Dennoch ist der Einstandspreis auch geeigneter Ausgangspunkt für die weiteren Untersuchungen. Versteht man unter ihm den niedrigsten Fabrikabgabepreis zuzüglich Mehrwertsteuer, so läßt er sich im allgemeinen relativ einfach und exakt bestimmen. In diesem Sinne soll er deshalb auch Anknüpfungspunkt der rechtlichen Bewertung sein.

3.) Werbung

Unter Werbung wird gemeinhin die an eine andere Person gerichtete geschäftliche Anpreisung von Waren oder Diensten verstanden.⁴⁴⁾ Werbung mit dem Preis erfolgt nicht nur mit dem Ziel der Information des potentiellen Verbrauchers. Damit soll zugleich auch der Kunde zum Kauf motiviert werden. Diese Zielsetzung der Werbung, auf die Willensbildung des Kunden Einfluß zu nehmen, ihn psychologisch in Richtung auf einen Kaufentschluß beeinflussen zu wollen, ist grundsätzlich wettbewerbseigen und läßt noch kein Urteil darüber zu, ob eine Werbemaßnahme zur Steigerung des Absatzes wettbewerbsrechtlich zu beanstanden ist.

⁴⁴⁾ Baumbach-Hefermehl, Übersicht vor § 3, Rdz. 1,

2. Teil

Zur allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Relevanz des Einstandspreises

Sonderangebote sind seit langem ein häufig gebrauchtes Werbemittel des Einzelhandels. Einige Waren werden dem Verbraucher zu auffällig günstigen Preisen angeboten.⁴⁵⁾ Da sich Sonderangebote durch ihre besonderen Preisvorteile vom übrigen Angebot abheben, fragt sich, ob der Einstandspreis oder andere Kriterien dazu dienen können, ein, wie noch durchzuführen ist, gesetzlich zulässiges "Sonderangebot" von möglicherweise unzulässigen sonstigen Billigstangeboten abzugrenzen.

1. § 1 Abs. 2 der Anordnung betr. Sonderveranstaltungen

Die Anordnung des Reichswirtschaftsministeriums betr. Sonderveranstaltungen vom 4. Juli 1935⁴⁶⁾ geht grundsätzlich von der Unzulässigkeit von Verkaufs-sonderveranstaltungen aus. Nach § 1 Absatz 2 der AO sind "Sonderveranstaltungen" jedoch nicht "Sonderangebote" durch die einzelne nach Güte und Preis gekennzeichnete Waren ohne zeitliche Begrenzung angeboten werden und die sich in den Rahmen des regelmäßigen Geschäftsbetriebs einfügen.

Nach heute herrschender Auffassung wird durch § 1 Absatz 2 der Anordnung lediglich der Begriff der "Sonderveranstaltung" eingeschränkt.⁴⁷⁾

⁴⁵⁾ Geiger, a.a.O. S. 417;

⁴⁶⁾ Reichsanzeiger 1935, Nr. 158;

⁴⁷⁾ BGH U v. 25.3.1958, GRUR 58, 395(397); BGH U v. 23.6.1961, GRUR 61, 36 (37); BGH U v. 26.2.1965, GRUR 65, 542 (546) "Omo"; Tetzner, "Zum Verhältnis..." a.a.O. S. 309;

Sonderangebote sind Verkaufsveranstaltungen, die zwar an sich alle Voraussetzungen einer Sonderveranstaltung im Sinne des § 1 Abs. 1 der AO erfüllen, wegen der zusätzlichen Merkmale jedoch als nach § 1 Abs. 2 der AO zulässigem "Sonderangebot" vom Verbot des § 1 Abs. 1 der AO nicht erfaßt werden.

Auch wenn ein Billigangebot nicht den Tatbestandsmerkmalen nach § 1 Abs. 2 der AO genügt, kann damit noch kein wettbewerbsrechtliches Unwerturteil gefällt werden. Zwar liegt in einem solchen Fall kein nach § 1 Abs. 2 der AO zulässiges Sonderangebot vor. Die Begriffsbestimmung nach § 1 Abs. 2 der AO enthält keine Legaldefinition aller zulässigen Sonderangebote. Deshalb sind auch sonstige Sonderangebote denkbar, die keineswegs per se verboten sind.⁴⁸⁾ Die Abgrenzung derartiger "Sonderangebote", aber auch der Sonderangebote nach § 1 Abs. 2 der AO, von einer unzulässigen Sonderveranstaltung nach § 1 Abs. 1 der AO macht im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten.⁴⁹⁾

Andererseits ist selbst dann, wenn ein nach § 1 Abs. 2 der AO zulässiges Sonderangebot vorliegt noch nicht entschieden, ob die Verkaufsveranstaltung zulässig ist. In Betracht kommt dann immer noch ein Verstoß gegen die §§ 1, 3 UWG, das Rabattgesetz oder die Zugabeverordnung.

48) BGH U v. 25. 3.1958, GRUR 58, 395(397) mitzustimmender Anmerkung von Droste, a.a.O. S. 398; BGH U vom 23.6.1961, GRUR 61, 36 (41) mitzustimmender Anmerkung von Heydt; Borck, "Zweifelsfragen..." a.a.O. S. 396(398);

49) beispielsweise OLG Frankfurt WRP 75, 40;

2) Einschränkungen des Sonderangebots im Schrifttum

Im Schrifttum werden verschiedentlich zusätzliche Anforderungen an ein zulässiges Angebot gestellt. Nicht ersichtlich ist, ob der Begriff Sonderangebot restriktiv ausgelegt wird, oder ob zwar die "Sonderangebot"-Eigenschaft nach § 1 Abs. 2 der AO anerkannt aber dieses Sonderangebot aus sonstigen Gründen als "unzulässig" angesehen wird.

- a) So soll ein "Sonderangebot" nur dann vorliegen, wenn dem Kaufmann ein wenn auch bescheidener Gewinn durch den Verkauf der Sonderangebotsware verbleibe. Sonderangebote seien Niedrigpreisangebote, zu denen der Händler infolge günstigen Einkaufs oder geringer Vertriebskosten in der Lage sei und die in der Erwartung erfolgten, die Sonderangebotsware sei zwar mit einem geringeren Stückgewinn als beim Mitbewerber berechnet, werde aber dank vermehrten Umschlags einen höheren Betriebsgewinn abwerfen. Anders sei es allenfalls, wenn das Sonderangebot den beschleunigten Absatz der angebotenen Ware bezwecke, beispielsweise bei verderblichen Waren, saison- oder modeabhängigen Artikeln, Lagerungsverlusten und Restangeboten.⁵⁰⁾
- b) Auch der besondere Anlockeffekt wird zur Abgrenzung unzulässiger Billigangebote von Sonderangeboten herangezogen. Zwar wird zugegeben, mit günstigen Sonderangeboten werde die Leistungsfähigkeit des Anbieters herausgestellt und für das Gesamt-sortiment geworben.⁵¹⁾ Diene aber das Billigangebot einzig und allein der Umsatzförderung

50) Hass, a.a.O. S. 691(692); Martino, "Das Verbot der. a.a.O. S. 381 (382); Mellerowicz, "Die wirtschaftliche Bedeutung..."a.a.O. S. 43(45,46); Schmitz-Hangbers, a.a.O. S. 346(350); OLG Bremen WRP 70, S. 314(317);

51) Lutz, "Wettbewerbsregeln..."a.a.O. S. 49(51); Markenverband, "Verbot der ..."a.a.O. S. 337; Martino, "Das Verbot..."a.a.O. S. 381(382);

des übrigen Sortiments, so handele es sich nicht mehr um ein Sonderangebot nach § 1, Abs. 2 der Anordnung.

c) Kritik :

Weder die Verlustkalkulation des Kaufmanns, noch ein Interesse am Absatz gerade der Sonderangebotsware rechtfertigen eine restriktive Auslegung des Begriffs "Sonderangebot". Gleiches gilt für die Werbewirkung.

Der Wortlaut "Sonderangebot" gibt für eine solche Interpretation nichts her. Die Gesetzessystematik spricht eher gegen eine solche Auslegung. Eine Sonderveranstaltung nach § 1, Abs. 1 der Anordnung muß der Beschleunigung des Warenabsatzes dienen. Es ist zweifelhaft, ob die Werbemaßnahme der Beschleunigung des Umsatzes gerade der Ware dienen muß, auf die sich die Ankündigung bezieht⁵²⁾ oder ob eine solche Einengung weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck der Vorschrift geboten ist⁵³⁾. Entscheidend ist, was der Geschäftsverkehr unter einem Sonderangebot versteht.

52) so BGH GRUR 66, S. 214/217 "Einführungsangebot";

53) so Baumbach-Hefermehl, § 9 a, Rdz. 12; Borck, WRP 69, 11, Fußn. 17; Seydel, GR 66, 217 (218), Anm. z. U. des BGH v. 14. Juli 1965 "Einführungsangebot"; v. Sack, "Zur Zulässigkeit.." a.a.O. S. 65 (66);

Der angesprochene Verbraucher wird mit dem Sonderangebot auf eine gegenüber dem Normalangebot der in Frage stehenden Ware günstigere Einkaufsmöglichkeit hingewiesen.⁵⁴⁾ Gewinn-erzielung durch den Verkauf der Sonderangebotsware als Wesensmerkmal des Sonderangebots, diese Behauptung läßt sich nicht begründen.

Unzutreffend ist ebenfalls, was zur geringeren Werbewirkung des Sonderangebots vorgebracht wird. Der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages⁵⁵⁾ hat dazu ausgeführt:

"Die Sonderangebote sind ursprünglich daraus entstanden, daß es in gewissen Fällen nach kaufmännischen Grundsätzen geboten ist, sich von einer bestimmten Ware notfalls zu Verlustpreisen zu trennen. Darüber hinaus hat sich jedoch das Sonderangebot inzwischen zu einem bedeutsamen Werbemittel entwickelt. Sonderangebote haben nicht mehr ausschließlich den Zweck, den Absatz der Waren, die Gegenstand des Sonderangebots sind, durch vorübergehende Freisherabsetzung zu fördern; sie werden vielmehr auch im Hinblick auf ihre Werbewirksamkeit herausgestellt, in der Erwartung, daß der Kunde auch seinen übrigen Bedarf in diesem Geschäft decken wird."

54) BGH GRUR 62, 36 (38,39) "C & A I";

55) Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drucksache V/4035) a.a.O.S. 338(339) ;

Demzufolge hat auch die Rechtsprechung eine Einstufung als "Sonderangebot" nie davon abhängig gemacht, daß der Einstandspreis nicht unterschritten wurde, ob ein Interesse am Absatz gerade der Sonderangebotsware vorhanden war und inwieweit das Sonderangebot für das Gesamtortiment warb. Sie hat nur geprüft, ob einzelne, nach Güte oder Preis gekennzeichnete Waren ohne zeitliche Begrenzung angeboten wurden und ob sich dieser Verkauf in den Rahmen des regelmäßiger Geschäftsbetriebes einfügte.⁵⁶⁾

Die bisher vorliegenden Untersuchungen widerlegen im übrigen auch die Behauptung, durch ein Sonderangebot werde nicht "verstärkt" für das übrige Sortiment geworben. Eine vom Institut für Demoskopie Allensbach im Jahre 1968 durchgeführte Untersuchung hat ergeben, daß 52% aller Hausfrauen nur wegen der Sonderangebote in Geschäften einkaufen, in die sie sonst nicht gehen. Bei dieser Gelegenheit kauft dann 59% von ihnen auch andere Artikel aus dem Normalsortiment. Nach einer neuen Untersuchung dieses Instituts hat sich der Prozentsatz dieser von Sonderangeboten in das Geschäftslokal Angelockten sogar auf 62% erhöht,⁵⁷⁾ wobei genau so viele Kunden, die nur die Sonderangebote kaufen, auch andere Waren mitnehmen.

- 56) BGH GRUR 62, 36 "Sonderangebot"; BGH GRUR 72, 125(126) "Sonderveranstaltung III"; BGH GRUR 73, 653(654) "Ferienpreis"; BGH GRUR 73, 658 (659) "Probierpreis", anders OLG Bremen WRP 70, 314(317);
57) Geiger, a.a.O. S. 417(419); Piepenbrock, a.a.O. S. 132(133); zitiert in Lebensmittelzeitung vom 17.10.1974 S. 1,4;

Aus all dem ergibt sich daher eine Beschränkung von Sonderangeboten auf Ware, die oberhalb des Einstandspreises verkauft wird, an deren Absatz der Händler ein Interesse hat und die nicht verstärkt für das übrige Sortiment wirbt, ist nicht gerechtfertigt.

3.) Die Erkennbarkeit als "besonderes Angebot"

Sowohl mit dem Sonderangebot, als auch mit anderen Billigangeboten soll die Aufmerksamkeit des Kunden erweckt und dieser veranlaßt werden, von dem günstigen Angebot Gebrauch zu machen und dabei zugleich auch seinen übrigen Bedarf bei dem Werbenden zu decken. Ein zulässiges Sonderangebot kann aber dann nicht vorliegen, wenn der auffallend niedrig festgesetzte Abgabepreis vom Publikum als stellvertretend für die Preisgestaltung des gesamten Sortiments verstanden werden muß. Für ein Sonderangebot ist erforderlich, daß es sich in seiner Preisgestaltung erkennbar vom übrigen Gesamtangebot abhebt.⁵⁸⁾ Erkennt der Verbraucher, daß es sich bei diesem Angebot um eine besondere, aus dem übrigen Angebot herausragende Leistung des Unternehmens handelt, so wird er diese Werbung zunächst einmal lediglich als Hinweis darauf verstehen, die angebotene Ware bei dem Werbenden besonders preisgünstig einkaufen zu können.

58) Baumbach-Hefermehl, § 3, Rdz. 270;
Piepenbrock, a.a.O. S. 132 (133);
Rosenthal, § 3, Rdz. 85;

Die Frage, ob der Verbraucher nicht auch bei einem erkennbaren Sonderangebot etwa den Schluß zieht, wer es sich leisten könne, Sonderangebote zu offerieren, der müsse auch in seinem sonstigen Angebot preiswert sein, soll hier zunächst dahingestellt bleiben. .
Hierauf wird noch im Zusammenhang damit einzugehen sein, ob nicht auch durch ein Sonderangebot das Publikum über die Preisbemessung des gesamten Sortiments nach § 3 UWG getäuscht werden kann.

Diese Frage stellt sich erst dann, wenn an sich ein erkennbares Sonderangebot vorliegt. Wann dies der Fall ist, ist im Einzelfall schwierig zu beurteilen. Auch darauf soll erst in späterem Zusammenhang eingegangen werden. Ein Sonderangebot liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn nach der Art der Ankündigung und der Wirkung auf den Verbraucher bei diesem nicht die Vorstellung einer günstigen Einkaufsmöglichkeit im Hinblick auf die angebotene Ware entsteht, ⁵⁹⁾ sondern wenn der Verbraucher das Angebot als aus dem übrigen Sortiment herausgegriffenes und für dessen Preisgestaltung beispielhaftes und kennzeichnendes Warenangebot ansieht. Kennzeichnend für das Sonderangebot ist also, daß es selbst keine Angabe über die Preisbemessung des übrigen Angebots darstellt. ⁶⁰⁾

59) BGH GRUR 58, 395 (Sonderveranstaltung);

60) Baumbach-Hefermehl, § 3 Rdz. 270; Krieger, a.a.O. S. 511(518); Müller-Scholz, a.a.O. S. 241(242); Piepenbrock, a.a.O. S. 132(133); Rosenthal, § 3, Rdz. 85; BGH WRP 69, 446(447) "Lockvogel"; OLG Karlsruhe WRP 73, S. 170 (171); Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drucksache V/4035) a.a.O. S. 338(339); Spengler Weber, a.a.O. S. 203;

II. Verkauf unter Selbstkosten in ausländischen Rechtsbereichen

1.) Allgemeines zu diesem Überblick

Der Verkauf unter Einstandspreis oder Selbstkosten ist naturgemäß nicht allein ein Problem im deutschen Wettbewerbsrecht. In allen Wirtschaftsordnungen mit freier Marktwirtschaft, in denen die Preisbestimmung grundsätzlich dem Unternehmer freisteht, stellt sich die Frage, ob ein Verkauf unterhalb einer bestimmten Preisgrenze wettbewerbswidrig wird,

Selbstverständlich kann daraus, wie Gesetzgeber, Gerichte und sonstige Organisationen in ausländischen Rechtsordnungen diese Frage für ihren Bereich beantworten, nichts dafür hergeleitet werden, wie dieser Vorgang nach unserem Recht zu beurteilen ist. Gleichwohl wird im nachfolgenden ein rechtsvergleichender Überblick nach Angaben in der Literatur gegeben. Dies nicht nur deswegen, um aufzuzeigen, wie in anderen Rechtsordnungen zu jenem Problem Stellung genommen wird. Der im Zusammenhang mit der täuschenden Lockvogelwerbung auch hier häufig gebrauchte Begriff des "Loss-Leaders" ist dem angelsächsischen Rechtsleben entnommen. Darüber hinaus wird auch ansonsten im Schrifttum häufig auf ausländische Regelungen, beispielsweise die amerikanischen Wettbewerbsregeln und das französische Loi de Finances, hingewiesen und angeregt, derartige Regelungen auch in Deutschland zu schaffen. Der Überblick spricht nicht alle Rechtsordnungen an, bei denen Erkenntnisse über die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der in Frage stehenden Wettbewerbshandlung vorliegen. Es sind nur einige Rechtssysteme herausgegriffen. Der Zusammenstellung liegen keine besonderen Auswahlkriterien zugrunde.

2.) Die Rechtslage in

a) ENGLAND

Im englischen Recht besteht keine besondere gesetzliche Regelung zum Verbot eines Unter-Selbstkosten-Verkaufs.⁶¹⁾ Im Jahre 1964 wurde in England die vertikale Preisbindung gesetzlich aufgehoben. Um die vormals preisbindenden Unternehmen an einer Benachteiligung früherer nicht preisgetreuer Händler zu hindern, verbot das Gesetz zugleich eine Liefersperrung wegen vergangener oder zu erwartender Unter-Preis-Verkäufe dieser Unternehmen.⁶²⁾ Eine Ausnahme vom Verbot der Liefersperrung bezog sich auf Unternehmen, die feststellten, daß ein Händler ihre Waren als Lockvogel verwendet hatte. Zum Begriff des Lockvogels heißt es in Sec. 3, Abs.2 des Resale Price Act von 1964:

".... loss-leader is... a resale of goods effected by the dealer not for the purpose of making a profit on the sale of those goods, but for the purpose of attracting to the establishment at which the goods are sold customers likely to purchase other goods or otherwise for the purpose of advertising the business of the dealer."⁶³⁾

61) Spengler, "Die Bekämpfung..." a.a.O. S.5(10);
62) Hass, a.a.O. S. 631; Tirpitz, a.a.O. S.863;
63) Martino, "Das Verbot der..." a.a.O. S.381(382),
Martino, "Lockvogelwerbung..." a.a.O. S. 285
(289);

Die Fundstellen im Schrifttum lassen aber nicht erkennen, daß der Verkauf unter Selbstkosten allgemein als wettbewerbswidrig angesehen wird. Das Resale Price Act spricht ja gerade nicht von einer Preisgrenze als untere Schranke für ein lauterer Angebot. Zum anderen rechtfertigt es nur die Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot einer Liefersperrre, behandelt also eine kartellrechtliche Frage.

b) F R A N K R E I C H

In langjähriger Rechtsprechung der Handelsgerichte galt zunächst der Grundsatz, daß jeder Kaufmann seine Ware zu dem Preis verkaufen kann, den er für den Gang seiner Geschäfte am vorteilhaftesten hält.⁶⁴⁾ Die Rechtsprechung hat es auch erlaubt, unter Einkaufspreis⁶⁵⁾ oder unter den Gestehungskosten zu verkaufen.⁶⁶⁾

Anders war es nur bei Preisunterbietungen zu Kampffzwecken und zur Herabsetzung der Konkurrenz.⁶⁷⁾ In einer Reihe von Fällen haben die Gerichte die Preisschleuderei mit Markenartikel als ein zum Schadensersatz verpflichtendes Handeln im Sinne des Art. 1382 Code civil angesehen.⁶⁸⁾

- 64) Trib. comm. Seine 8.10.1940, Ann. 1940-48, 336;
65) Paris 2.12.1869, Ann. 1870, 60; Lyon 30.10.1952, D. 1953, 10;
66) Paris 9.4.1930, S. 1930, 2, 116;
67) Cour d'Appel vom 9.4.1930-Fall des Parfümeriefabrikanten Coty, der mit seinem "Ami du Peuple" die Pariser Zeitung unterbot;
68) Nachweise bei Ulmer-Krasser, a.a.O. Bd. IV. S. 493,

Dabei wurde insbesondere darauf abgestellt, ob eine Schädigungsabsicht vorlag. Teilweise klingt aber auch der Gedanke an, daß eine Preisunterbietung dann unzulässig ist, wenn mit ihr der Verkauf konkurrierender Erzeugnisse gefördert werden soll und dadurch die andere Ware in den Augen der Käufer entwertet wird.⁶⁹⁾ In neueren Entscheidungen steht die Frage im Vordergrund, ob die Preissenkung nach den besonderen Umständen des Einzelfalls objektiv geeignet ist, den Hersteller oder Markeninhaber zu schädigen. Mehr oder weniger deutlich wird diesem dabei ein rechtliches Interesse an der Bewahrung des guten Rufes seiner Erzeugnisse zugesprochen.⁷⁰⁾ Strafbar ist nach Art. 419 des Code pénale ein Angebot in der Absicht, Preise zu verfälschen oder Mitbewerber auszuschalten, um eine Alleinstellung auf dem Markt zu erzielen. Verkauf unter Selbstkosten ist allein aber noch keine strafbare Preisunterbietung.⁷⁰⁾

Einen Bruch mit dieser traditionellen Rechtsprechung stellte dann das Loi de Finances ^{70a)} vom 2. Juli 1973 dar. Dessen Artikel 1 lautet:

"I Der Wiederverkauf jeder unveränderlichen Ware unter dem tatsächlichen Einkaufspreis zuzüglich der beim Wiederverkauf anfallenden Umsatzsteuer ist verboten. Der tatsächliche Einkaufspreis versteht sich unter Abzug der vom Lieferanten im Zeitpunkt der Rechnungsstellung eingeräumten Nachlässe und Gutschriften jeder Art.

⁶⁹⁾ Paris 4.3.1926, Ann. 1929, 187;

⁷⁰⁾ Ulmer-Krasser, a.a.O. Bd. IV S. 493, 495;

^{70a)} abgedruckt bei Ulmer-Krasser, a.a.O. Bd. IV S. 497, 498;

II Die vorstehenden Vorschriften sind nicht anwendbar:

- 1) auf verderbliche Waren von dem Augenblick an, zu dem sie von einer raschen Veränderung bedroht sind;
- 2) auf freiwillige Verkäufe oder Zwangsverkäufe, die ihre Ursache in der Aufgabe oder im Wechsel einer gewerblichen Tätigkeit haben;
- 3) auf Waren, deren Verkauf eindeutig durch die Saison bedingt ist, während des Endes der Saison oder während des Zeitabschnittes zwischen zwei Verkaufsperioden;
- 4) auf Waren, die der gewöhnlichen Nachfrage, wegen der Entwicklung der Mode oder des Erscheinens technischer Verbesserungen nicht mehr entsprechen;
- 5) auf Waren, deren Wiederbeschaffung zu einem günstigeren Preis erfolgt ist oder erfolgen könnte; in diesem Fall tritt an die Stelle des tatsächlichen Einkaufspreises der Preis, der sich aus der Rechnung oder der den Kosten der Wiederbeschaffung entsprechende Preis;
- 6) auf Waren, deren Wiederverkaufspreis dem Preis angeglichen ist, der von einem anderen Gewerbetreibenden für dieselben Waren in demselben Absatzgebiet in rechtmäßiger Weise gehandhabt wird."

Inwieweit diese Bestimmung die Rechtsprechung zur Wettbewerbswidrigkeit von Unterpreisangeboten beeinflusst, ist nicht bekannt. Interessant ist die Anknüpfung an den Einkaufspreis zuzüglich Umsatzsteuer abzüglich der Rabatte bei Lieferung. Nachträgliche Jahresumsatzrabatte bleiben demnach unberücksichtigt.

Auch wenn kein Verstoß gegen dieses Gesetz vorliegt, kann gleichwohl beim Verkauf unter Selbstkosten eine wettbewerbswidrige Handlung vorliegen. Verkauft ein Diskont-Geschäft einzelne bekannte Markenwaren besonders billig, so entstehe beim Publikum der Eindruck, als sei die Preisstellung des gesamten Sortiments ebenso günstig. Trifft dies jedoch nicht zu, so liegt ein irreführendes und unlauteres Lockvogelangebot vor.⁷²⁾

c) I T A L I E N

Dort wurde von Lehre und Rechtsprechung der Grundsatz aufgestellt, daß der Wettbewerber in seiner Preisbildung frei sei und deshalb Preisunterbietungen des allgemeinen Preisniveaus keinen unterlauteren Wettbewerb darstellen. Auch der Verkauf unter Selbstkosten wird nach herrschender Meinung nicht als unlauter angesehen.⁷³⁾ Die Preisunterbietung kann aber durch das Hinzutreten besonderer Umstände unlauter werden, beispielsweise wenn sie zur Verdrängung eines Wettbewerbers oder mit dem Ziel der monopolistischen Marktherrschaft erfolgt.⁷⁴⁾ Ferner kann die Unlauterkeit durch Täuschung oder durch Herabsetzung der Konkurrenz begründet werden.⁷⁵⁾

72) Commerce de la Seine in Paris. U. v. 24.4. 1967, zitiert bei Briner-Eidenbenz S. 18;

73) Ulmer-Schricker, a.a.O. Band V, S. 264;

74) Rechtsprechungsnachweise bei Ulmer-Schricker a.a.O. S. 265;

75) Ulmer-Schricker, a.a.O. S. 266;

d) K A N A D A

In Kanada enthält das 1951 in Kraft getretene "Combined Investigation Act" ein grundsätzliches Verbot von Liefersperren zur Durchsetzung von Wiederverkaufspreisen. Ausnahmsweise sind solche Sperren dann gestattet, wenn ein Händler regelmäßig Artikel des Herstellers als "loss-leader" vertreibt. Als Lockvogel wird dabei ein Angebot verstanden, das "not for the purpose of making a profit thereon but for purpose of advertising" gemacht wird.⁷⁶⁾

e) L U X E M B U R G

Dort wird aus der verfassungsmäßig garantierten Handels- und Gewerbefreiheit hergeleitet, daß der Kaufmann den Preis seiner Ware nach Belieben festsetzen kann. Nur unter besonderen Umständen verstößt eine Preisunterbietung gegen die Geschäfts- und Industriegebräuche. Ein Verstoß gegen Artikel 1 der Wettbewerbsordnung liegt beispielsweise bei einem systematischen Unterbieten zum Zwecke der Vernichtung der Konkurrenz vor.⁷⁷⁾ In einer Entscheidung des Cour d'appel vom 23.12.1939 wird ausgeführt, daß ein Verkauf unter Selbstkosten ohne Hinzutreten besonderer Umstände nicht gegen die guten Geschäftsgebräuche verstößt.⁷⁸⁾

76) zitiert bei Martino, "Die Lockvogelwerbung" a.a.O. S. 285(289);

77) Ulmer-Schricker-Wunderlich, Bd. II a.a.O. S.7;

78) L'Echo del 'Industrie Nr. 20 v. 17.2.1940. zitiert nach Ulmer-Schricker-Wunderlich Bd. II a.a.O. S. 765; Ähnlich ist die Rechtslage in Belgien, wo Verkauf unter Selbstkosten mit dem Ziel, den Verlust bei anderen Artikeln auszugleichen, allein nicht wettbewerbswidrig ist.

Ein solcher Verkauf müsse nicht notwendigerweise in der Absicht erfolgen, die Konkurrenz vom Markt zu verdrängen.

f) S C H W E I Z

Dort wird in der Rechtsprechung und im Schrifttum⁷⁹⁾ eine Preisuntergrenze für die Lauterkeit eines Angebots nicht anerkannt. So hat das Bundesgericht bereits 1926 entschieden, daß es dem Handeltreibenden wie auch dem Fabrikanten kraft seines Eigentums freistehe, die Preise nach seinem Belieben frei zu bestimmen.⁸⁰⁾ Wenn er seine Ware mit Verlust verkaufe, um sich eine Stellung im Verkehr zu erringen, so könne dies ihm nicht verwehrt werden. Unerlaubt sei eine Preisunterbietung erst dann, wenn mit deren Durchführung zugleich unredliche oder täuschende Mittel (schwindelhafte Reklame, Herabsetzung eines Mitbewerbers) angewendet würden.

Fünf Jahre später bestätigte das Bundesgericht seine Auffassung, das Unterbieten werde auch dann nicht zu einer unerlaubten Handlung, wenn es zu eigentlichen Verlustpreisen geschehe.⁸¹⁾ Daraus entstünden möglicherweise wegen der Schädigung der Konkurrenz unerwünschte volkswirtschaftliche Schäden. Da sich die Rechtsordnung jedoch nicht um die Richtigkeit des wirtschaftlichen Willen der Rechtsgenossen kümmere, könne es auch nicht Sache des Richters sein, alle ungünstigen Ausflüsse der freien Konkurrenz auf dem Boden des Zivilrechts auszuschalten.

79) Nachweise bei Briner-Eidenbenz, S. 13-16;

80) Spengler, a.a.O. S. 5(11);

BGE 52, II S. 381/382;

81) BGE 57, II S. 339/340;

g) VEREINIGTE STAATEN

In den USA besteht keine bundesgesetzliche Regelung, in der der Unterpreisverkauf als unlauterer Wettbewerb verboten ist. Ein einmal in den amerikanischen Kongreß eingebrachtes Anti-Lockartikel-Gesetz scheiterte daran, daß wegen der Unbestimmbarkeit der Selbstkosten praktisch anwendbare Gesetzesbestimmungen gegen den Unterselbstkostenverkauf nicht gefunden werden konnten. 82)

Wohl aber besteht eine Regelung nach der ein Unterselbstkostenverkauf dann unzulässig ist, wenn er im Rahmen eines Preiskampfes gegen einen bestimmten Konkurrenten gerichtet ist, in der Absicht, diesen völlig vom Markt zu verdrängen. Es handelt sich dabei um Sect. 3 des "Act to supplement existing laws against unlawful restraints and monopolies and for other purposes" vom 15.10.1914, geändert am 19. Juni 1936 (sogenannter Robinson-Patman Act, The Statutes at Large of the United States of America, Vol. XLIX, Part. 1): 83)

" It shall be unlawful for any person engaged in commerce in the course of such.... to sell... goods in any part of the United States at prices lower than those exacted by said person elsewhere in the United States for the purpose of destroying competition, or eliminating a competitor in such part of the United States or to sell, or contract to sell goods at unreasonably low prices for the purpose of destroying competition or eliminating a competitor."

82) Spengler, a.a.O. S. 5(12,13);

83) Frerichs, "Vermerk gegen den Vorentwurf.." S. 2;

Es handelt sich also nicht um eine Regelung zur Bestimmung der Lauterkeit des Wettbewerbs, sondern um eine reine Antitrust-Bestimmung.⁸⁴⁾

Unlautere Wettbewerbsmethoden auf Bundesebene können in Amerika seitens der Federal Trade Commission für einzelne Wirtschaftszweige durch das Aufstellen von Wettbewerbsregeln (Trade practice rules) für unzulässig erklärt werden. In einigen dieser Wettbewerbsregeln werden auch Lockvogel-Angebote für unzulässig erklärt. So heißt es in der Wettbewerbsregel für Bleistift-Hersteller :

"Die Praktik, irgendein Produkt der Industrie unter Herstellungskosten als Lockvogel zu verkaufen, ist unlauter, wenn das Angebot erfolgt, um den Absatz anderer Produkte günstig zu beeinflussen und der Verkauf, der auf diese Weise geförderten Ware dazu benutzt wird, den beim Verkauf des Lockvogels erlittenen Verlust aufzuholen und das Lockvogel-Angebot die Eignung und die Tendenz oder die Wirkung hat, Abnehmer oder Verbraucher irrezuleiten oder zu täuschen."⁸⁵⁾

In anderen Wettbewerbsregeln ist ebenfalls nicht der Unterkostenverkauf schlechthin verboten, sondern nur ein solcher, der den Zweck oder die Wirkung hat, den Wettbewerb zu unterdrücken oder eine Monopolbildung herbeizuführen.⁸⁶⁾

84) Frerichs, a.a.O. S. 8; Kröger, a.a.O.S.1415;
85) abgedruckt bei Martino, "Lockvogelwerbung.." a.a.O. S. 285(288);
86) Detmer, a.a.O. S. 117 (118);

Zahlreiche Einzelstaaten der USA sollen im Rahmen ihrer "Unfair Sales Acts" Bestimmungen gegen den Unterselbstkostenverkauf erlassen haben.⁸⁷⁾ In allen Staaten soll aber nicht der Unterselbstkostenverkauf als solcher einen Gesetzesverstoß darstellen, sondern nur im Zusammenhang mit der Absicht, die Konkurrenten zu schädigen oder eine Monopolbildung herbeizuführen. Auch hier wird also der Unterselbstkostenverkauf nicht als unlauterer Wettbewerb, sondern als Verstoß gegen das Antitrust-Recht angesehen.⁸⁸⁾ Nur nebenbei sei erwähnt, daß die Bestimmung der Selbstkosten im amerikanischen Wettbewerbsrecht zu den schwierigsten Problemen gehört.⁸⁹⁾

-
- 87) nach Martino, "Lockvogelwerbung..." a.a.O. S. 285 (288) in 33 Einzelstaaten;
- 88) Detmar, a.a.O. S. 117 (118); Frerichs, a.a.O. S. 8/9; Kröger, a.a.O. S. 49/50; Spengler, "Preisschleuderei..." a.a.O. S. 5 (12, 13);
- 89) Henke, a.a.O. S. 172 (175) m.w.N.,

3. Zusammenfassung und Ergebnis

Dieser Überblick hat gezeigt, daß der Verkauf unter Selbstkosten per se nur in Frankreich gesetzlich verboten ist und dort nicht einmal im Wettbewerbsrecht, sondern in einem Finanzgesetz.⁹¹⁾ Welche Rolle dieses Gesetz tatsächlich in der Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht einnimmt, ist - soweit ersichtlich - im Schrifttum noch nicht behandelt.

In allen anderen Ländern ist es als Grundprinzip des freien Wettbewerbs anerkannt, daß jeder Gewerbetreibende das Recht hat, die Preise nach seinen Vorstellungen und damit auch unterhalb des Selbstkostenpreises festzusetzen.⁹²⁾

Überall hingegen wird eine Preisunterbietung mit dem Ziel, die Mitbewerber in ihrer Existenz zu vernichten, als unlauter angesehen. Verkäufe unter Selbstkosten werden zum Teil bei Schädigung des "goodwill", durchgängig weiterhin dann unlauter, wenn unlaute Begleitumstände hinzutreten, insbesondere wie Täuschung der Abnehmer und Anschwärzen der Mitbewerber.

Im Nachfolgenden soll nunmehr untersucht werden, inwieweit dem die Rechtslage in Deutschland entspricht.

91) vgl. dazu Detmer, a.a.O. S. 117 (118);
Frerichs, "Vermerk gegen den Vorentwurf..." S. 9;
Ulmer-Krasser, "Das Recht..." Bd. IV, S. 491;

92) Ulmer, "Das Recht..." Bd. I, S. 194/195;

III. PREISUNTERGRENZEN IN DEUTSCHEN GESETZEN, VERORDNUNGEN, GESETZESENTWÜRFEN, WETTBEWERBSREGELN UND VORSCHLÄGEN IM SCHRIFTTUM

In Deutschland bestanden oder bestehen einige Regelungen des Gesetzgebers, in denen Preisuntergrenzen eine Rolle spielen. Darüberhinaus ist mit Gesetzesentwürfen der Versuch unternommen worden, die freie Preisbestimmung durch eine Novellierung des UWG einzuschränken. Ferner spielt in zahlreichen Wettbewerbsregeln die Selbstkosten-schranke eine Rolle.

Zwar können nicht mehr gültige gesetzliche Regelungen und Novellierungsvorschläge unmittelbar zur Beantwortung der Frage, ob nach dem gegenwärtigen Wettbewerbsrecht die Werbung mit dem Angebot von Waren unter Einstandspreis unlauter ist, nicht herangezogen werden. Um aber die historische Entwicklung und die Tendenzen der letzten Jahre aufzuzeigen, soll im Nachfolgenden ein kurzer Überblick gegeben werden:

1) Preisuntergrenzen in Gesetzen

- a) Nach § 240 Abs. 1 Ziff. 2 der Konkursordnung wird wegen einfachen Bankrotts bestraft, wer in der Absicht, die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauszuschieben, Waren oder Wertpapiere auf Kredit entnommen und diese Gegenstände erheblich unter dem Wert in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise veräußert oder sonst weggegeben hat.
- b) Nach § 18 der Vergleichsordnung ist die Eröffnung des Vergleichsverfahrens abzulehnen, wenn sich ergibt, daß der Schuldner seinen Vermögensverfall durch, Preisschleuderei.. herbeigeführt hat.

Feile Vorschriften haben keine praktische Bedeutung.⁹³⁾ Auch kann aus diesen Sondertatbeständen nicht geschlossen werden, daß der Verkauf unter Einstandspreis grundsätzlich unlauter ist, denn derartige Strafnormen haben eine andere Funktion und nicht denselben Schutzzweck wie das UWG.

2) Die Selbstkosten in Rechtsverordnungen

- a) Nach § 9 der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung vom 2.11.1923 (RGBl I, S. 1067) konnten Kartelle ohne Einwilligung des Kartellgerichts keine Liefer Sperre verhängen. Wurden Güter zu Preisen angeboten und verkauft, die "unter Würdigung der Belange des Betriebes sowie der Gesamtwirtschaft" als volkswirtschaftlich ungerechtfertigt anzusehen waren,⁹⁴⁾ so hatte das Kartellgericht die Sperre gegen den Unterbieter zu genehmigen.

Nach damaliger Rechtsauffassung erfüllte Verkauf unter Einstandspreis diesen Tatbestand, so daß dieser von den Kartellen nach § 9 VO mit einer genehmigten Sperre bekämpft⁹⁵⁾ werden konnte.

93) Merkel, a.a.O. S. 69;

94) § 9 Abs. 2 Satz 3 der KartellVO vom 15. Juli 1933, RGBl I, S. 487;

95) v. Brunn, a.a.O. S. 167 m.w.N.
- Ähnliche kartellrechtliche Problematik heute im Rahmen des § 26 GWB. Vgl. BGH U. vom 20.11. 1975 "Rossignol" (BB 1976, S. 198 (200)), wonach Niedrigstpreisverkäufe allein noch keine Liefer Sperre rechtfertigen.

- b) In der Verordnung "Über Wettbewerb" vom 21.12.1934⁹⁶⁾ knüpft der Gesetzgeber Rechtsfolgen ausdrücklich an das Unterschreiten der Selbstkosten an. § 1 Abs. 1 der Verordnung lautet:

" Wer unter unlauterer Ausnutzung seines Kredits oder böswilliger Nichterfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber dem Staate, der Gefolgschaft seines Betriebes oder seinen Gläubigern in gemeinschädlicher Weise Güter oder Leistungen zu Preisen anbietet, die seine Selbstkosten nicht decken können und die den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechen, wird mit Gefängnis oder mit Geldstrafe... bestraft; die Strafverfolgung tritt nur dann ein, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, oder wenn über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist!"

Bei einer solchen Summierung von Tatbestandsmerkmalen ist nicht verwunderlich, daß kein Fall bekannt wurde, in dem eine Verurteilung auf Grund dieser Bestimmung erfolgte.⁹⁷⁾

Diese Vorschrift soll zwar auch nach heutigem Recht fortgelten.⁹⁸⁾ Aus dem genannten Grund ist sie aber auch heute im Rechtsleben ohne Bedeutung.

96) RGBl 1934, Teil I S. 1280;

97) Becher, "Preisschleudern." a.a.O. S. 297(299); Fikentscher, "Die Preisunterbietung." a.a.O. S. 201(212); Merkel, a.a.O. S. 212, vgl. auch RG GRUR 1936, 139 (142) "Maschinenputztücher";

98) Godin-Roth, § 1 Rdz. 17 b; Möhring, a.a.O. S. 413 (501); Rasch, a.a.O. S. 387 (394);

Ein Erlaß des ehemaligen Reichswirtschaftsministers zu dieser Wettbewerbsverordnung soll aber nicht unerwähnt bleiben, weil in diesem zu Fragen Stellung genommen wird, die damals ebenso aktuell waren, wie sie es heute sind. In diesem Erlaß⁹⁹⁾ heißt es:

"Ich verkenne nicht, daß eine Preisstellung der erwähnten Art unter Umständen einen ganzen Gewerbezweig erheblich stören und deshalb im Einzelfall volkswirtschaftlich unerwünscht sein kann. In diesen Fällen müssen die Interessen der Wettbewerber an der Erhaltung ihrer wirtschaftlichen Existenz, die auch mit allgemeinen Belangen zusammenfallen können und die allgemeinen Interessen an der Erhaltung günstiger Einkaufsmöglichkeiten gegeneinander abgewogen werden. Die hier zu treffende Entscheidung ist wirtschaftspolitischer Natur und muß daher den Verwaltungsbehörden zustehen (vgl. insbesondere § 1 des Zwangskartellgesetzes). Es geht daher nicht an, diese wirtschaftspolitische Entscheidung durch übermäßige Anspannung des Begriffs des sittenwidrigen Wettbewerbs auf das Gebiet des bürgerlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs oder der Ehrengerichtbarkeit abzudrängen; es kann dem einzelnen Verkäufer nicht zugemutet werden, hier die richtige Abwägung zu treffen, ebenso kann es nicht Aufgabe der Gerichte sein,

99) abgedruckt bei Seydel, a.a.O. S. 83(86),
Erlaß vom 4. März 1935;

in diesem Punkt Preis- und Wirtschafts-
politik zu treiben."

3) Selbstkosten in Gesetzesentwürfen

Auch in einigen Gesetzesentwürfen spielen
die Selbstkosten eine entscheidende Rolle.

a) § 20 des Kartellgesetzentwurfes von Böhm¹⁰⁰⁾
lautete:

"1) Wer unter Ausnutzung einer eigenen
oder fremden wirtschaftlichen Macht-
stellung im geschäftlichen Verkehr
zu Zwecken des Wettbewerbs ...
Handlungen vornimmt ... die gegen
die Grundsätze des Leistungswett-
bewerbs verstoßen, kann auf Unter-
lassung oder Schadenersatz in An-
spruch genommen werden."

2) Eine gegen die Grundsätze des
Leistungswettbewerbs verstoßende
Handlung im Sinne von § 20 Abs. 1
liegt insbesondere vor, wenn jemand
einen anderen
Ziff. 1.....
Ziff. 2 planmäßig mit Verlustpreisen
unterbietet oder andere zur Verlust-
preisunterbietung veranlaßt. Ein
Verlustpreis liegt auch vor, wenn
bei der Preisstellung für eine unter
mehreren von dem Unterbietenden in
den Verkehr gebrachten Waren oder
Leistungen die Gemeinkosten nicht
in einer den Grundsätzen ordnungs-
gemäßer kaufmännischer Kalkulation
entsprechenden Weise in Ansatz ge-
bracht sind."

¹⁰⁰⁾ BT-Drucksache 1269 vom 16.3.1955, abge-
druckt WuW 1955, S. 319 (325);

- b) Die Bekämpfung gewisser Billigangebote war Anliegen mehrerer Reformvorschläge zum UWG. Selbst wenn nicht ausdrücklich von Angeboten unter Einstandspreis die Rede war, so wären doch viele derartige Angebote von den Neuanschlägen erfasst worden.
- aa) So lautet § 3, Abs. 2 Nr. 3 UWG des Entwurfs einer Gesetzesnovelle vom 7.3.1968:
- "§ 3, Abs. 1
- Abs. 2 ..Auf Unterlassung kann auch in Anspruch genommen werden...
- Ziff. 1....
- Ziff. 2....
- Ziff. 3...wer mit Lockvogelangeboten wirbt. Ein Lockvogelangebot ist insbesondere dann anzunehmen, wenn jemand unter Hinweis auf seine Preiswürdigkeit in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, ein Angebot herausstellt, dessen Ware nicht oder in einer im Verhältnis zu der zu erwartenden Nachfrage unzureichenden Menge vorhanden ist. Das gleiche kann angenommen werden, wenn die Abgabe der Ware des Angebotes an Letztverbraucher mengenmäßig beschränkt wird oder die Kosten der Werbung in einem großen Mißverhältnis zum Wert des für dieses Angebot maßgeblichen Warenbestandes steht."¹⁰¹⁾
- bb) Ein § 3 a UWG des Alternativentwurfs des Bundesjustizministeriums¹⁰²⁾ hatte folgenden Inhalt :
-

¹⁰¹⁾ BT-Drucksache VI 2324 neu, abgedruckt WRP 1968, 272;

¹⁰²⁾ abgedruckt bei Markenverband, "Verbot...." MA 1968, S. 337, Fußn. 2;

"Wer im geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher auffällig niedrige Preise für Waren, die ihm nur in geringen Mengen zur Verfügung stehen oder deren Verkauf er mengenmäßig beschränkt, werbemäßig herausstellt, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, sofern er diese Ware nicht als Sonderangebot kennzeichnet."

Wegen zahlreicher Bedenken¹⁰³⁾ kam jedoch keiner der beiden Entwürfe zur Verabschiedung.

- cc) Weder der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 30.11.1967 (B-T-Drucksache 2324 alt) noch der Entwurf vom 7.3.1968 (B-T-Drucksache 2324 neu) wurden Gesetz. Dafür wurde durch Gesetz vom 26.6.1969 zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb § 3 UWG dahingehend geändert, daß irreführende Angaben über die "Preisbemessung einzelner Waren.. oder des gesamten Angebots" für unzulässig erklärt wurden. Im schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages¹⁰⁴⁾ wird ausgeführt, dem Ziel des ursprünglichen Entwurfs, die

¹⁰³⁾ Borck, "Zum Änderungsvorschlag." a.a.O. S. 305 (308); Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht GRUR 68, 335; Frerich, "Änderung..." WRP 67, 427; Krieger, "Ist das UWG..." a.a.O. S. 511 ff; Markenverband, "Verbot der..." a.a.O. S. 337 ff; Müller-Scholz, "Zur Novelle des..." a.a.O. S. 241 ff.; Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, a.a.O. S. 43 ff.;
¹⁰⁴⁾ erstattet von Dr. Reischl GRUR 69, 338 (339) BT-Drucksache V/I 4035.

Lockvogelwerbung zu unterbinden, habe
ren dadurch Rechnung getragen, daß in
§ 3 ausdrücklich auch irreführende Angaben
über die "Preisbegrenzung des gesamten Ange-
bots" untersagt werden. Damit habe man auch
den Fall erfaßt, daß mit der besonders
günstigen Preisstellung einer Ware gewor-
ben und damit zu Unrecht der Eindruck her-
vorgezogen wird, daß auch das übrige
Warensortiment des Werbenden ähnlich preis-
günstig kalkuliert sei. Kalkulationsmerk-
male wie den Einstandspreis habe man in
Übereinstimmung mit den anderen Ausschüssen
als ungeeignet angesehen, das unlautere
Lockvogelangebot von dem nach wie vor
zulässigen Sonderangebot abzugrenzen.
Außerdem gebe es zahlreiche Fälle, in denen
der Verkauf einer Ware unter Einstandspreis
wirtschaftlich sinnvoll und geboten ist,
ohne daß der Verbraucher getäuscht werde.¹⁰⁴⁾

- dd) Inzwischen liegt dem Bundestag eine neue
Gesetzesinitiative zur Änderung des UWG
vor. In der Bundestags-Drucksache VII/2049
vom 29.3.1974¹⁰⁵⁾ wird vorgeschlagen,
einen § 3 a UWG einzufügen, der folgenden
Wortlaut hat:

"Wer im geschäftlichen Verkehr mit dem
Letztverbraucher die Preiswürdigkeit
einer Ware werbemäßig herausstellt, die
er zum oder unter dem Einstandspreis
zuzüglich Umsatzsteuer anbietet, ohne
durch besondere Umstände hierzu genötigt
zu sein, oder wer auffällig niedrige
Preise für Waren, die ihm

¹⁰⁴⁾ erstattet von Dr. Reischl GRUR 69, S. 338

(339), BT-Drucksache V/4035;

¹⁰⁵⁾ abgedruckt in WRP 1974, 383;

nur in geringen Mengen zur Verfügung stehen oder deren Verkauf er mengenmäßig beschränkt, werbemäßig herausstellt, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden."

Zur Begründung wird ausgeführt, die Rechtsprechung habe die Zielsetzung, die gegen Lockvogel-Angebote mit der Neufassung des § 3 UWG durch die Novelle von 1969 verfolgt worden sei, nicht verwirklichen können. Die Interessen der gewerblichen Wirtschaft, die Interessen der Verbraucher und der Allgemeinheit erforderten daher eine Anpassung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs an die tatsächlichen Gegebenheiten des Wirtschaftslebens.¹⁰⁶⁾

Die Stellungnahmen zu diesem Gesetzentwurf sind überwiegend kritisch. Frerichs¹⁰⁷⁾ verweist auf die Beratungen zur UWG-Novelle von 1969 bei denen nach allgemeiner Ansicht nicht Kalkulationsmerkmale wie der Einstandspreis, sondern die Täuschungsfahr als Abgrenzungsmerkmal des zulässigen Sonderangebots vom unlauteren Lockvogel angesehen wurden. Zwar hätten bereits damals mehrere Verbände darauf hingewiesen, daß die Werbung mit niedrig kalkulierten Waren zu einer Marktbehinderung derjenigen Unternehmen führen könne, die sich auf den Vertrieb dieser Waren spezialisiert hätten oder für die der Vertrieb dieser Waren wesentliche Verdienstgrundlage sei. Unter allen

¹⁰⁶⁾ abgedruckt WRP 74, 383 (385);

¹⁰⁷⁾ Frerichs, a.a.O. S. 8, 9;

beteiligten Verbände hätte jedoch Einigkeit darüber bestanden, daß eine solche Marktbehinderung nicht unlauter sei. Borck weist darauf hin, daß irreführende Angaben über die Preisbemessung des gesamten Angebots bereits nach gegenwärtigem Recht unzulässig sind. Außerdem sei der vorgeschlagene Gesetzeswortlaut eher dazu geeignet, eine Täuschung der Verbraucher zu fördern. Gerade wenn die besondere Preiswürdigkeit nicht herausgestellt werde, könne das Publikum viel eher auf die auffällige Preiswürdigkeit des übrigen Angebots schließen, als wenn die Preiswürdigkeit als etwas besonderes herausgestellt und daher die angebotene Ware als Sonderangebot erkennbar sei.¹⁰⁸⁾

Gegen diesen Gesetzesvorschlag wird weiterhin vorgebracht, der Schutz des mittelständischen Einzelhandels vor Verkauf unter Selbstkosten sei eine politische Frage und das UWG als ein Gesetz zum Schutz aller Gewerbetreibenden dürfe nicht zu einem strukturpolitischen Hilfsmittel zu Gunsten einiger Gruppen umfunktioniert werden.¹⁰⁹⁾

4) Selbstkosten in Wettbewerbsregeln

- a) In zahlreichen Wettbewerbsregeln nach § 28 GWB wird zu Fragen der Kalkulation und der Preisunterbietung Stellung genommen.¹¹⁰⁾ Dadurch wird ganz offensichtlich, daß der Facheinzelhandel gegen Wettbewerb auf Grund einer Mischkalkulation geschützt werden soll.¹¹¹⁾

¹⁰⁸⁾ Borck, "Besteht Anlaß..." a.a.O. S. 531 (532, 533);

¹⁰⁹⁾ Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 74, S. 456 ff.; Reimer, "Lockvogelwerbung..." a.a.O. S. 568 (574); Schricker, "Entwicklungstendenzen..." a.a.O. S. 579 (581);

¹¹⁰⁾ vgl. dazu Holz, a.a.O. S. 78 ff.; Rheinfels, "Wettbewerbsregeln..." a.a.O. S. 301 ff.;

¹¹¹⁾ Detmer, a.a.O. S. 117 (119);

Beispielsweise soll nach § 3 der Wettbewerbsregeln der Baustoffhändler¹¹²⁾ der Abgabe von Preisangeboten zum Zwecke der Selbstkontrolle eine Selbstkostenermittlung (Vorkalkulation) vorangehen. In zahlreichen Wettbewerbsregeln wird ausdrücklich zu Fragen der Unterschreitung der Selbstkosten Stellung genommen. So heißt es beispielsweise in § 5 der Wettbewerbsregeln der Baustoffhändler¹¹³⁾:

"Es widerspricht den Grundsätzen eines lauterer Wettbewerbs,

- a) Waren fortgesetzt unter bewußter Mißachtung der Grundsätze einer wirtschaftlichen und verantwortungsbewußten Unternehmensführung und ohne sachlich gerechtfertigten Grund unter den Selbstkosten des Unternehmens anzubieten, oder
- b) Angebote bestimmter Mitbewerber planmäßig und rücksichtslos zu unterbieten, mit der Absicht oder in Kauf genommenen Wirkung, diese vom Markt zu verdrängen, und dem Unterbieter eine marktstarke oder monopolartige Stellung zu verschaffen."

Nach anderen Wettbewerbsregeln verstoßen Preisangebote unterhalb der Selbstkosten dann gegen die guten Sitten, wenn dieses Vorgehen nach Beweggrund, Mittel und Zweck als sittenwidrig angesehen werden muß.¹¹⁴⁾

112) abgedruckt in WuW 1968, 712;

113) abgedruckt in WuW 1968, 611; ähnlich auch § 2 der Wettbewerbsregeln des Fachverbandes des Deutschen Tapetenhandels Beschl. des EKartA vom 16.2.1971 WuW E 1327 (1328);

114) § 3 der Wettbewerbsregeln des Kohleeinzelhandels WuW 1960, 135; § 7 der WR der Lackindustrie, WRP 1967, 83, 84;

- b) Der Bundesgerichtshof hielt Wettbewerbsregeln nach § 20 GWB a.F. für unzulässig, in denen Mitglieder zu ordnungsgemäßen Kalkulationen vor der Preishildung angehalten werden, weil dadurch ein "psychologischer Druck in Richtung einer kostendeckenden Preisbildung" erzeugt werde.¹¹⁵⁾ Wettbewerbsregeln, die ein Angebot unter Selbstkosten verbieten, seien nicht darauf ausgerichtet, einem den Grundsätzen des lauterer Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten entgegenzutreten oder zu einem diesen Grundsätzen entsprechenden Verhalten anzuregen. Angebote unter Selbstkosten seien nur dann wettbewerbswidrig, wenn besondere, die Sittenwidrigkeit begründende Umstände hinzukämen.

Das Bundeskartellamt beanstandete Regeln, die den Verkauf unter Selbstkosten schlechthin untersagen. Das Prinzip der Kostendeckung spiele für die Frage der Sittenwidrigkeit keine entscheidende Rolle. Die Eintragung von Regeln mit den oben zitierten Einschränkungen wurde damit gerechtfertigt, daß kein Fall denkbar sei, in dem ein solches Angebot noch lauter sei.¹¹⁶⁾ Grundsätzlich sei aber auch ein planmäßiges und rücksichtsloses Unterbieten trotz Behinderung anderer nicht unlauter und kein Verstoß gegen den Leistungswettbewerb.¹¹⁷⁾

- c) Der Bundesminister der Justiz hat, zitiert im Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr vom 10.7.1956¹¹⁸⁾, zum Anbieten unter Selbstkosten in Wettbewerbsregeln erklärt, dies sein ein grundsätzlich erlaubtes Mittel im Wettbewerbskampf. Die uneingeschränkte

114) § 3 der Wettbewerbsregeln des Kohleneinzelhandels WuW 1960, 135; § 7 der WR der Lackindustrie, WRP 1967, 83,84;

115) Beschluß vom 15.7.1966, WuW 1966, S. 975(977-983) "Bauindustrie";

116) BKartA v. 9.12.1959, WuW 1960, 134(138) "Kohleeinzelhandel"; BKartA v. 30.12.1960, WuWE 301(306) "Ziehreifen und Kaltwalzwerke"; BKartA v. 16.4.1968 WuW 1968 1213 "Baustoffhändler";

117) BKartA v. 16.2.1971 WuWE 1327 (1345);

118) abgedruckt in BB 1956, 1087, 1088;

Kennzeichnung jedes Verkaufs unter Selbstkosten als unlauter sei durch § 1 UWG nicht gedeckt und schränke deshalb auch den lauterer Wettbewerb unzulässig ein.

- d) Wettbewerbsregeln können nach § 28 GWB i.d.F. vom 4. April 1974 auch Verhaltensweisen regeln, die der Wirksamkeit eines Leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufen. Entscheidungen darüber, ob Angebote unter Einstandspreis hierunter fallen, liegen, soweit ersichtlich, noch nicht vor.

Es ist fraglich, ob diese Textänderung einen entscheidenden Richtungswechsel bei der Beurteilung von Wettbewerbsregeln mit sich bringt, ging doch das Bundeskartellamt schon bei der Auslegung des § 28 GWB a.F. davon aus, daß auch Verhaltensweisen untersagt werden können, die zwar nicht unlauter sind, aber außerhalb des Leistungswettbewerbs liegen.^{118 a)}

Preisunterbietungen wurden überwiegend seit je als mit dem Leistungswettbewerb vereinbar angesehen. Unter dem Gesichtspunkt der Förderung des Leistungswettbewerbs wurde deshalb die Beschränkung des Verkaufs unter Selbstkosten in Wettbewerbsregeln als unzulässig angesehen.^{118 b)} An diese Beurteilung wird auch bei der Auslegung des § 28 GWB in neuer Fassung anzuknüpfen sein.

- e) Auf Selbstkosten und Wettbewerbsregeln wird später noch einmal im Zusammenhang mit der par concurrentium einzugehen sein. Jedenfalls läßt sich feststellen, daß die Rechtsprechung und das Bundeskartellamt die Ansicht mancher Verbände, Verkäufe unter Selbstkosten seien unlauter, in dieser Form nicht übernommen haben.

^{118 a)} Tätigkeitsbericht 1965, S. 14,

^{118 b)} BKartA v. 27.11.1964, WuWE 876 "Flüssiggas-Großvertriebe", Franzen im Gemeinschaftskommentar zum GWB § 28 Rdz. 30; Langen-Böckstiegel, a.a.O. § 28 Rdz. 25;

5.) Sonstige Vorschläge zur Einschränkung
des Angebots unter Selbstkosten

Vielfach wurde im Schrifttum und von Verbänden der Versuch unternommen, das Angebot unter Selbstkosten einzuschränken. Detmer regte an, im Rahmen des § 28 GWB gegen Unterkostenverkäufe Wettbewerbsregeln mit umgekehrter Beweislast aufzustellen.¹¹⁹⁾ Der Markenverband¹²⁰⁾, Merkel¹²¹⁾ und Wieneringer¹²²⁾ haben in Gesetzesentwürfen Preisuntergrenzen für das UWG vorgeschlagen. Darüber hinaus werden die Selbstkosten vielfach zum Gegenstand von Neuanschlägen für Wettbewerbsregeln gemacht.¹²³⁾

In neuerer Zeit sind die vom Markenverband für Markenartikel verabschiedeten Wettbewerbsregeln von Interesse, weil dort gerade zum Einsatz von Markenartikeln zu Werbezwecken Stellung genommen wird. In Ziff. 9 heißt es:

"Es entspricht nicht den guten kaufmännischen Sitten, für Markenartikel lediglich zu Werbezwecken Verbraucherpreise anzukündigen und zu berechnen, die nicht höher oder niedriger liegen, als der Einstandspreis der Ware zuzüglich Umsatzsteuer, es sei denn, besondere Umstände nötigen zu den Niedrigpreisangeboten (z.B. vom Verderb bedrohte oder aus der Mode gekommene Waren, Ausverkäufe)¹²⁴⁾

-
- ¹¹⁹⁾ Detmer, a.a.O. S. 117 (120), vgl. auch
¹²⁰⁾ Spengler, "Preisschleudern..." S. 35;
Markenverband, "Verbot der..." a.a.O. S. 337
¹²¹⁾ Merkel, a.a.O. S. 107; (339);
¹²²⁾ abgedruckt bei Henke, "Verbesserter Schutz" S. 172, (173);
¹²³⁾ Holz, a.a.O. S. 101; Lutz, "Wettbewerbsregeln..." a.a.O. S. 49 (54); Illerhaus zitiert bei Henke, a.a.O. S. 172 (173);
¹²⁴⁾ abgedruckt WRP 1974, 662 (669);

3. Teil

VERSTOß GEGEN DIE "GUTEN SITTEN" DES
§ 1 UWG ALS ERGEBNIS EINER INTERESSENAB-
WÄGUNG

I. Der Begriff der "guten Sitten" des § 1
UWG in Rechtsprechung und Wissenschaft

Bevor geprüft werden kann, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen das Angebot unter Einstandspreis zu Werbezwecken einen Verstoß gegen die "guten Sitten" nach § 1 UWG darstellt, muß zunächst geklärt werden, wie dieser Begriff überhaupt zu verstehen ist.

1) Die guten Sitten als Normen der
Sittlichkeit

Nachdem am 1.1.1900 das BGB in Kraft getreten war, wurde die Generalklausel des § 826 BGB auch zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs herangezogen, der von den Spezialbestimmungen des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb von 1896 nicht erfaßt wurde. Im Wettbewerbsrecht legte das Reichsgericht dabei dieselben Maßstäbe für die guten Sitten im Wettbewerb an, wie auch im allgemeinen bürgerlichen Recht.¹²⁵⁾ Diese Maßstäbe wurden später dann auch für § 1 UWG übernommen. So sprach das Reichsgericht von der "im deutschen Volk anerkannten Moral",¹²⁶⁾ von der "sittlichen Verwerflichkeit" einer Handlung¹²⁷⁾ und von den "sittlichen Anforderungen im Geschäftsverkehr"¹²⁸⁾ Den Maßstab

125) RGZ 48, 114 (124); RGZ 55, 367 (373); RGZ 120, 144 (148); RGZ 150, 1(5);
126) RG JW 1904, 256 (257);
127) RG JW 1915, 913 (915);
128) RGZ 134, 342 (350);

für die guten Sitten habe der Richter nur dem herrschenden Volksbewußtsein zu entnehmen, den Anstapfel aller billig und gerecht Denkenden.¹²⁹⁾

Auch im Schrifttum wird diesem Begriffsverständnis überwiegend gefolgt.¹³⁰⁾ Die Generalklausel des § 1 UWG sei in ihrem Kern sittlich-rechtlich fundiert;¹³¹⁾ die guten Sitten sollen ein "moralisch-verwerfliches Verhalten" verbieten.¹³²⁾ und seien der "objektive Inbegriff der derzeitigen sittlichen Anschauungen eines Volkes über das wettbewerblich Erlaubte".¹³³⁾

Der Wettbewerb baue auf der Einhaltung eines "ethischen Minimums" auf¹³⁴⁾ und schütze die "Gebote elementarer Sittlichkeit".¹³⁵⁾ Zur Beurteilung müsse auf das "sittlich-rechtliche Empfinden" abgestellt werden.¹³⁶⁾

129) RGZ 46, 114(24);

130) Bock, a.a.O. S. 957 (960); Droste, "Zum Begriff..." a.a.O. S. 35, 36; Fikentscher, "Wettbewerb..." S. 110; Kroitzsch, a.a.O. S. 12(16); Merkel, a.a.O. S. 58; Heydam, a.a.O. S. 339(400); Meyer-Göding, "Gute Sitten..." a.a.O. S. 310; Nerreter, a.a.O. S. 110; Reimann, a.a.O. S. 621;

131) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 59;

132) Droste, "Zum Begriff..." a.a.O. S. 35; Droste, "Die Generalklausel..." a.a.O. S. 719(721);

133) Droste, "Die guten Sitten..." a.a.O. S. 789;

134) Droste, "Der Wettbewerb..." a.a.O. S. 300(301)
Hubmann, "Gewerblicher..." S. 45; Brunn, a.a.O. S. 172(178);

135) Wieacker, a.a.O. S. 337 (340);

136) Tetzner, "Gesetz..." § 1, Anm. 36;

- a) Zunächst hatte sich die Rechtsprechung auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden bezogen.¹³⁷⁾
- b) Später wurde dann mehr auf die wirtschaftlichen Besonderheiten des Sachgebiets, auf die Anschauungen des am Wettbewerb beteiligten und von ihm betroffenen Personenkreises abgestellt. Gefragt wurde danach, was dem Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden entspricht. Als Korrektiv wird das sittliche Bewußtsein der Allgemeinheit¹³⁸⁾ mit herangezogen.

Es kann jedoch auch der Fall eintreten, daß die Anschauungen darüber, was sittlich-rechtlich erlaubt ist, auseinandergehen. Die Lösung dieses Konfliktfalls hängt davon ab, ob man die guten Sitten nur als Mindestgrenzen für moralisches Verhalten ansieht¹³⁴⁾ oder ob man der strengeren Ansicht zum Siege verhelfen will. Nach der Rechtsprechung ist dann, insbesondere wenn die Meinungen der Allgemeinheit und der Gewerbetreibenden über die Sittenwidrigkeit einer Handlung auseinanderfallen, grundsätzlich die strengere als richtig anzuerkennen.¹³⁹⁾ Auf die Meinung einer besonders strengen urteilenden Minderheit kommt es indessen nicht an.¹⁴⁰⁾

-
- 137) RGZ 80, 219(221); RGZ 120, 144(148); RGZ 145, 396(399); DGEZ 19, 13(17);
- 138) beispielsweise EGH GRUR 55, 541(542) "Bestattungswerbung"; BGE GRUR 60, 558(561); EGH GRUR 61, 588(592) "Einpfeffnig-Süßwaren"; Hubmann, "Gewerblicher..." 3. 45; Brunn, a.a.O. S. 172, 178;
- 139) BGHZ 22, 167(181) "Arzneifertigwaren"; EGH GRUR 55, 541(542) "Bestattungswerbung"; DGN GRUR 61, 588(592) "Einpfeffnig-Süßwaren";
- 140) BGE GRUR 60, 540(561) "Eintritt in Kundenbestellung"; EGH GRUR 71, 522 "Lichdi-Center";

2) Die guten Sitten als Konventionalnormen

Eine Meinung im Schrifttum geht davon aus, daß bereits nach dem Sprachgebrauch ein Unterschied zwischen Sittlichkeit, Sitte und Recht bestehe.¹⁴¹⁾ Die Gebote der Moral erforderten allgemeine Gültigkeit. Die guten Sitten des § 1 UWG seien jedoch ihrem Personenkreis nach auf die Mitbewerber beschränkt. Es gebe zwar eine Standessitte, aber keine Standesmoral. Die guten Sitten des § 1 UWG seien deshalb als Verweisung auf die kaufmännische Standessitte, die Gebräuche der Kaufleute oder eine tatsächlich bestehende und geübte äußerliche Sitte zu verstehen.¹⁴²⁾

3) Funktionswidriger Wettbewerb als Verstoß gegen die guten Sitten

Von einem ganz anderen Ansatzpunkt geht Burmann aus. Er lehnt ethische und moralische Bewertungsmaßstäbe im Rahmen des § 1 UWG ab.¹⁴³⁾ Anders als im bürgerlichen Recht gebe es im Wettbewerbsrecht keinen historisch gewachsenen Zusammenhang zwischen Recht und guten Sitten. Die Sittenwidrigkeit müsse von der Sache her, nämlich dem Wettbewerb, den bestimmenden Begriffsinhalt bekommen. Die guten Sitten seien daher gegenstandsbezogen auf den Wettbewerb. Dem Funktionsablauf des Wettbewerbs lägen gewisse Gesetzmäßigkeiten zugrunde. Die Wettbewerbsordnung bezwecke die Aufrechterhaltung der dem konkreten Wettbewerb immanenten Funktionen.

-
- 141) Hagen, a.a.O. S. 497 ff.; Kirchberger, "Die Bedeutung .." a.a.O. S. 275 (277);
142) Godin, "Zu § 1 UWG..." a.a.O. S. 42(46);
Godin, "Über den Verstoß..." a.a.O. S. 127(128);
Kirchberger, "Die Bedeutung..." a.a.O. S. 275;
143) Burmann, "Zum Problem..." a.a.O. S. 511 (513);
Burmann, "Wettbewerbsrecht..." a.a.O. S. 258(263);

Wer diese Funktionen störe, handele wettbewerbswidrig und verstoße damit zugleich gegen die guten Sitten.¹⁴⁴⁾

4) Die guten Sitten als Ergebnis einer Interessenabwägung

Die von Jhering und Heck entwickelte Interessenjurisprudenz geht von der These aus, das Gesetz sei das Ergebnis der in der Rechtsgemeinschaft einander gegenüberstehenden und miteinander ringenden Interessen. Auch in der Rechtsanwendung müßten die widerstreitenden Interessen ausgeglichen werden.¹⁴⁵⁾ Dies sei insbesondere bei der Rechtsanwendung von Generalklauseln zu berücksichtigen, wo mit einer reinen Subsumtion nicht mehr auszukommen sei. Hier habe der Richter im Rahmen seiner Urteilsfindung alle beteiligten Interessen festzustellen, zu bewerten und gegeneinander abzuwägen.¹⁴⁶⁾ Das geschriebene Recht mache in erster Linie das obsiegende Interesse offenkundig. Deshalb liege auch bei der Rechtsanwendung ein Rechtsverstoß dann vor, wenn eine Handlung gegen ein bei der Interessenabwägung festgestelltes, als "überwiegendes" bewertetes Interesse verstößt. Gerade was im Wettbewerb gute Sitte sei, könne nur durch eine dem ständigen Wandel der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung angepaßten Wertung und Abwägung der von der Wettbewerbshandlung betroffenen Interessen festgestellt werden.¹⁴⁷⁾

- ¹⁴⁴⁾ Burmann, "Zum Problem." J.a.a.O. S. 511(515);
Burmann, "Wettbewerbsrecht." J.a.a.O.S. 258(263);
Burmann, "Strukturwandel." J.a.a.O.S. 71(76);
Burmann, "Systematik des." J.a.a.O.S. 262(267);
¹⁴⁵⁾ Hubmann, "Grundsätze der." J.a.a.O.S. 85(86);
Kraft, "Interessenabwägung." J.a.a.O.S. 24;
Sack, "Sittenwidrigkeit." J.a.a.O.S. 493(501);
so bereits Hagen, ... J.a.a.O.S. 499(513);
¹⁴⁶⁾ Kraft, "Interessen." J.S. 42, 61; Kraft, "Die Berücksichtigung." J.a.a.O.S. 223(228);
¹⁴⁷⁾ Sack, "Sittenwidrigkeit." J.a.a.O.S. 493(500);
Sack, "§ 1 UWG." J.a.a.O.S. 247 (250);

Im Wettbewerbsrecht müßten objektive Verhaltensnormen im Rahmen der Konkretisierung der Generalklausel Gültigkeit haben, die aber nur durch eine Interessenabwägung zu finden seien.¹⁴⁸⁾

Eine genaue Methodik, wie man bei dieser Interessenabwägung vorzugehen habe, wurde von Hubmann¹⁴⁹⁾ und Kraft¹⁵⁰⁾ entwickelt. Zunächst einmal müssen die Interessen aller der von einer konkreten Wettbewerbshandlung Betroffenen ermittelt werden. Danach ist zu prüfen, ob jeder dieser Interessen¹⁵¹⁾ überhaupt schutzwürdig ist. Damit ist nicht die Schutzfähigkeit des Interesses im Einzelfall gemeint, weil diese Feststellung erst nach einer wertenden Abwägung gegenüber anderen Interessen erfolgen kann. Dieser Abwägung hat aber die Prüfung voranzugehen, ob nicht einem der beteiligten Interessen von vornherein nach der Gesamtrechtsordnung überhaupt kein Schutz gewährt wird, so daß es bei der Abwägung gegenüber anderen von vornherein keine Rolle spielen kann.¹⁵²⁾

Bei der Bewertung der Interessen beurteilt sich der Rang der jeweiligen Interessen nach dem im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Rangverhältnis. Bei Privatinteressen ist allerdings davon auszugehen, daß diese grundsätzlich gleichrangig sind.¹⁵³⁾

¹⁴⁸⁾ Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 45,85 ;

Sack, "Sittenwidrigkeit." a.a.O. S. 493(302);

¹⁴⁹⁾ Hubmann, "Grundsätze der." a.a.O. S. 85ff.;

¹⁵⁰⁾ Kraft, "Interessenabwägung." a.a.O. S. 209ff.;

¹⁵¹⁾ Hubmann, "Grundsätze der." a.a.O. S. 85(97);

¹⁵²⁾ Hubmann, "Grundsätze der." a.a.O. S. 85(97);

Kraft, "Interessen..." S. 64, 213;

¹⁵³⁾ Hubmann, "Grundsätze..." a.a.O. S. 85(103);

Kraft, "Interessen..." a.a.O. 217;

Es könnten aber Umstände¹⁵⁴⁾ aus dem Sachverhalt, der Person der Beteiligten oder öffentliche Belange ergeben, daß trotz gleichen Rangs das Interesse eines Beteiligten geringer zu bewerten ist und ein Verstoß gegen das höher zu bewertende Interesse zur Rechtswidrigkeit der Handlung führe.¹⁵⁵⁾

Weiterhin komme es bei der Abwägung auch auf den Grad der Gefährdung an, also auf die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit einer tatsächlichen Interessenbeeinträchtigung.

Ferner sei die Intensität der Interessenbeeinträchtigung von Bedeutung.

Auch die situationsgebundene Aktualität der abzuwägenden Interessen spiele eine Rolle, da sich die Interessen einander immer in unterschiedlicher Zusammensetzung und unter jeweils anderen Umständen des Sachverhalts gegenüberstünden.¹⁵⁶⁾

Ein Interesse könne also je nach den gesamten Umständen des Einzelfalls einmal höher oder niedriger zu bewerten sein. Schwierig sei weniger das Sichtbarmachen der von der Handlung tangierten Interessen, als vielmehr die gerechte Abwägung, insbesondere wenn der Interessenkonflikt nicht nach einem gesetzlichen Vorbild entschieden werden könne.¹⁵⁷⁾

-
- 154) bei Hubmann, Vorzugstendenzen; bei Kraft, Bewertungsfaktoren genannt;
155) Kraft, "Interessen..." a.a.O. S. 84/217;
156) Zippelius, "Juristische..." S. 62, 63;
157) Zippelius, "Das Wesen..." S. 64-66;

5) Die guten Sitten und die Sozialmoral

Diese Ansicht geht von einem Unterschied zwischen Sozialethik und Individualethik aus. Individualethik sei der Bereich, dem eine autonome Moral zugrundeliege, nach der das Gewissen des einzelnen dessen Entscheidung beeinflusse. Im Gegensatz dazu steht die Moral, die an den Menschen mit einer Normordnung von außen herantritt und von ihm ein bestimmtes Handeln fordert. Dies seien die von der Gesellschaft und von ihren Mitgliedern geforderten sittlichen Verhaltensaufforderungen, die Sozialmoral.¹⁵⁸⁾ Da jede Norm, die in der Gemeinschaft einen Interessenausgleich bezwecke damit immer zugleich eine Norm mit sozialem Gehalt sei, sei auch § 1 UWG eine Vorschrift der Sozialmoral.¹⁵⁹⁾ Ein Verstoß gegen die guten Sitten liege in einem Verstoß gegen die durch eine Interessenabwägung ermittelte Verhaltensnorm. Dies sei allerdings keine rein zweckrationale Entscheidung, sondern zugleich eine Bestimmung dessen, was aus der Sicht des Normgebers gerecht und billig ist. Da aber Gerechtigkeit und Billigkeit Teil der Moral sei und folglich jede Verhaltensnorm, die dem Interessenausgleich dient eine Moralnorm sei, sei der nach § 1 UWG zu treffende Interessenausgleich zugleich eine ethische Entscheidung.¹⁶⁰⁾

158) Baumbach-Refermehl, Einl. Rdz. 57 m.w.N.; Hammer, a.a.O. S. 70; Henkel, a.a.O. S. 133;

159) Lehmann, a.a.O. S. 321 (326); Sack, "Sittenwidrigkeit..a.a.O. S. 493 (496)m.w.N.; Sack, § 1 UWG.. a.a.O. S. 247 (248);

160) Sack, "Sittenwidrigkeit..a.a.O. S. 493 (498ff) Sack, § 1 UWG..a.a.O. S. 247 (248-250);

Weil eine Interessenabwägung sowieso eine sozialetische Entscheidung sei, sei ein besonderer Bezug auf sittlich-rechtliche Maßstäbe daneben nicht erforderlich.¹⁶¹⁾

II. Eigene Stellungnahme

1.) Wortlaut und Entstehungsgeschichte

- a) Der Wortlaut ermöglicht keine klare Auslegung.¹⁶²⁾ Der Bestandteil "Sitten" scheint auf eine äußere, geübte Konvention hinzuweisen.¹⁶³⁾ Der Bestandteil "gute" bedeutet, daß "gesollte" Sitten den Maßstab bilden sollen. Dies scheint darauf hinzuweisen, daß Normen der Sittlichkeit als Richtschnur dienen sollen, weshalb aus dem Wortlaut auch der Schluß gezogen wird, daß auf die Moral verwiesen werde.¹⁶⁴⁾
- b) Auch aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich kein eindeutiger Wille des Gesetzgebers.¹⁶⁵⁾ Bei den Beratungen finden sich so viele widersprüchliche Äußerungen, die - jede für sich genommen - eine Auslegung in diesem oder jenem Sinne stützt. So heißt es beispielsweise

¹⁶¹⁾ Sack, "§ 1 UWG .." a.a.O. S. 247(250);

¹⁶²⁾ Hohenecker-Friedl, a.a.O. S. 14; Katzenberger, a.a.O. S. 102; Sack, "Die Wettbewerbsregeln." a.a.O. S. 142, 155; Schricker, "Gesetzesverletzung." a.a.O. S. 225 m.w.N.;

¹⁶³⁾ Godin, "Über den." a.a.O. S. 127; Kirchberger, "Unlauter..." a.a.O. S. 26, Lobe, a.a.O. S. 145;

¹⁶⁴⁾ Droste, "Recht, Moral." a.a.O. S. 65 (66);

Droste, "Zum Begriff." a.a.O. S. 35(36);

¹⁶⁵⁾ Degen, a.a.O. S. 137(138); Eichmann, a.a.O. S. 42; Hammer, a.a.O. S. 47; Katzenberger, a.a.O. S. 102/103; Nerreter, a.a.O. S. 30; Schricker, "Gesetzesverletzung." a.a.O. S. 190; a.A. Droste, "Zum Begriff." a.a.O. S. 35(36);

in der Denkschrift zum Ersten Regierungsentwurf zum Gesetz vom 27.5.1896:

"Es kann nicht in der Absicht liegen, den Wettbewerb als solchen einzuschränken, oder ihn in der Anwendung von Mitteln zu behindern, welche ohne gegen die *G e p f l o g e n h e i t e n* eines ehrbaren Geschäftsmannes zu verstoßen, anderen Gewerbetreibenden lästig oder unbequem sein können."

Dann wiederum wird fortgefahren :

"Nur insoweit als gewisse Mittel, welche *m o r a l i s c h* verwerflich, wenn gleich vom Gesetz bisher nicht verboten sind, zu dem Zweck angewandt werden, um unberechtigte Vorteile gegenüber dem Konkurrenten zu gewinnen, ist Abhilfe nötig."¹⁶⁶⁾ (Sperrungen vom Verfasser)

Bei Schaffung des BGB wurde geäußert, das Gesetz könne nicht die Gebote der Moral zu Rechtsätzen erheben. Eine solche Verwischung der Grenzen zwischen Recht und Moral führe zu der größten Unsicherheit, allerdings verdienten die "im Verkehr und Leben herrschenden sittlichen Anschauungen" Berücksichtigung.¹⁶⁷⁾ Zum Begriff der "Sitte" wurde in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch ausgeführt :¹⁶⁸⁾

"Die Sitte : Nach der Gewohnheit und der Anschauung der Allgemeinheit, nicht bloß nach subjektivem Ermessen, und zwar nach der allgemein in den beteiligten Kreisen als gut gebilligten Gewohnheit, wird der Richter zu entscheiden haben."

166) zitiert bei Droste, "Die Generalklausel.."a.a.O. S. 719 (721);

167) Mugdan, Bd. 2 Prot. S. 1079;

168) Mugdan, Bd. 1 Prot. S. 1012, 1017;

Begriffe wie "unbillige Benachteiligung" und "Gebote der Moral" wurden als zuwenig faßbar, zu verschieden oder nur gefühlsmäßig anwendbar abgelehnt.¹⁶⁹⁾

Offenbar ging man jedenfalls davon aus, "daß die Gebiete der guten Sitten und das Recht auseinandergehalten werden müssen, daß das Recht an die Unsittlichkeit nicht unmittelbare Rechtsfolgen anknüpfen darf, daß vielmehr die Wirksamkeit des Rechts nur dort beginnt, wo eine unlautere Gesinnung durch eine Störung der Rechtsordnung in Erscheinung tritt."¹⁷⁰⁾

Aus der Vielzahl dieser Meinungsäußerungen kann ein klares Bild daher nicht gewonnen werden. Jedenfalls hat es der Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt, statt "gegen die guten Sitten" die Formel "gegen die Sittlichkeit" in Gesetzestexte aufzunehmen.¹⁷²⁾

Die Entstehungsgeschichte wird sowohl von denen, die diesen Begriff als Sitte verstehen,¹⁷³⁾ als auch von denen, die dadurch auf die Moral verwiesen sehen wollen¹⁷⁴⁾ zur Stützung ihrer Ansicht herangezogen, hilft aber in Wirklichkeit bei der Auslegung nicht viel weiter.¹⁷⁵⁾

-
- 169) Mugdan, Bd. 1, Prot. S. 305, 306, 796
Bericht S. 311; Mugdan, Bd. 2, Prot. S. 1079
- 170) Bericht der II. Kommission, Lobe III,
Mat. S. 162;
- 171) allgemein zur Entstehungsgeschichte,
Droste, "Die Generalklausel." a.a.O. S. 719
(721); Eichmann, a.a.O. S. 42; Kraft,
"Interessen." a.a.O. S. 110, 111; Sack,
"Die Wettbewerbsregeln..." a.a.O. S. 110ff.;
- 172) Roth-Stielow... a.a.O. S. 210;
Nachweis bei Schricker, "Gesetzesverletzung"
S. 187;
- 173) Kirchberger, "Unlauterer..." S. 54; Godin,
"Über den Verstoß..." a.a.O. S. 127 (129);
- 174) Droste, "Recht, "Moral." a.a.O. S. 65 (66);
- 175) Katzenberger, a.a.O. S. 102, 103;

2) Auslegung nach dem Sinn und Zweck des UWG

Aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte kann deshalb der Begriff der "guten Sitten" in § 1 UWG nicht ermittelt werden. Eine Auslegung muß daher auch nach Sinn und Zweck des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb fragen.

Ausgangspunkt für die Entstehung des UWG war die freiheitliche Wirtschaftsauffassung,¹⁷⁶⁾ wonach Wettbewerb grundsätzlich erlaubt war und nur den Auswüchsen begegnet werden sollte.¹⁷⁷⁾

a) Kritik an Konventionalnormen als Beurteilungsmaßstab

Mit einer bestehenden Übung kann dieses Ziel nicht erreicht werden. Zunächst einmal können die in einer Branche geübten Sitten Unsitten sein, gegen die sich das UWG gerade wendet. Geschäftspraktiken können sowohl Sitte, als auch Unsitte sein.¹⁷⁸⁾ Um dann eine "gute Sitte" von einer Unsitte abzugrenzen, wird dann doch oftmals zusätzlich auf ethische Maßstäbe zurückgegriffen.

¹⁷⁶⁾ Kraft, "Interessen..." a.a.O. S. 96, 102;

¹⁷⁷⁾ Burmann, "Zum Problem..." a.a.O. S. 511;

¹⁷⁸⁾ RGZ 48, 114 (125); BGHZ 10, 228 (232);
BGH GRUR 55, 541 (542) "Bestattungswerbung"
Sack, "Sittenwidrigkeit..." a.a.O. S. 493 (495);

Die allgemeine Übung scheidet als Beurteilungsmaßstab weiterhin dann aus, wenn es sich um die Bewertung einer neuen Wettbewerbsmaßnahme handelt. Diese kann nicht bereits deswegen unlauter sein, weil sie bislang unüblich war. Mit einem Urteil über sie kann aber auch nicht gewartet werden, bis sich eine allgemeine Auffassung über deren Zulässigkeit herausgebildet hat.¹⁸⁰⁾ Die Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr als Bestimmungsmaßstab der guten Sitten scheiden aus, weil gerade in den wichtigsten Fällen - Abgrenzung der Sitte von der Unsitte und Beurteilung neuer Wettbewerbshandlungen - auf andere Maßstäbe zurückgegangen werden muß. Eine bestehende Sitte bedeutet nicht mehr, als daß die Beteiligten dies Verhalten für üblich ansehen. Damit steht jedoch noch nicht fest, daß Unübliches sittenwidrig und Übliches nicht gleichwohl sittenwidrig ist.

Mit der Bezugnahme auf Konventionalnormen kann daher die Frage, ob Angebote unter Einstandspreis sittenwidrig sind, nicht gelöst werden.

b) Unlauterkeit wegen "Funktionswidrigkeit"?

Wie jede Norm ist auch § 1 UWG und der dort verwendete Begriff der guten Sitte "Funktionsbezogen", d.h. aus dem Wesen und der Natur des Wettbewerbs sind die Grundsätze zu ermitteln, nach denen die Sittenwidrigkeit bestimmt werden muß.¹⁸¹⁾

Es muß jedoch bezweifelt werden, ob ein Urteil über die Sittenwidrigkeit einer Handlung wirklich danach gefällt werden kann, ob ein Verstoß gegen eine aus der Natur des Wettbewerbs

180) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 59, 102; DStl., a.a.O. S. 173; Fikentscher, "Gewerblicher..." a.a.O. S. 110; Katzenberger, a.a.O. S. 103, 104; Kraft, "Interessen..." S. 114, 115;
181) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 65; Kraft, "Interessen..." S. 102;

ableitbare¹⁸²⁾ allen Wettbewerbern geläufige,¹⁸³⁾
und nicht veränderliche¹⁸⁴⁾ Gesetzmäßigkeit vor-
liegt.

Dies würde zunächst einmal voraussetzen, daß die
von der konkreten Wettbewerbshandlung betroffe-
nen Funktionen und Gesetzmäßigkeiten festge-
stellt werden und als Beurteilungsgrundlage
dienen können. Zwar haben Kantzenbach¹⁸⁵⁾ und
Burm¹⁸⁶⁾ versucht, ein solches System zu
erstellen. Burmann räumt aber ein, daß bislang
Werbung und Wettbewerb zu wenig in ihrem Funk-
tionssystem und in ihren Gesetzmäßigkeiten
erkannt sind, als daß ein geschlossenes, recht-
lich verbindliches Ordnungssystem fixiert wer-
den könnte.¹⁸⁷⁾

Selbst wenn man von einer bestimmten Funktion
oder Gesetzmäßigkeit ausgeht, besteht die zweite
Schwierigkeit festzustellen, ob diese Funktion
durch einen "wettbewerbsfremden Faktor" beein-
trächtigt wird, die Handlung also funktions-
widrig ist. Durch eine derartige Betrachtungs-
weise ist man zwar der Schwierigkeit enthoben,
feststellen zu müssen, was dem Anstandsgefühl
aller billig und gerecht Denkender entspricht,
tauscht aber dafür die Schwierigkeit ein, fest-

182) Burmann, "Zum Problem." a.a.O. S. 511 (514);

183) Burmann, "Zum Problem." a.a.O. S. 511 (515);

184) Burmann, "Systematik." a.a.O. S. 262 (272);

185) Kantzenbach, a.a.O. S. 15, 16;

186) Burmann, "Wettbewerbsrecht." a.a.O. S. 258 (263,
264); Burmann, "Systematik." a.a.O. S. 262
(266 - 270);

187) Burmann, "Systematik." a.a.O. S. 262 (272);
Burmann, "Wettbewerbsrecht." a.a.O. S. 258 (261);

steller zu müssen, was funktionswidrig ist.¹⁸⁸⁾ Das geschlossene System, mit dem man in Trenn- und Konfliktfällen arbeiten kann, fehlt noch.

Unterstellt, man habe eine dem Wettbewerb im Sinne des Gesetzeswidrigkeit erkannt und einen Verstoß hiergegen festgestellt, dann ist noch sehr zweifelhaft, ob damit bereits das Unwerturteil der "Sittenwidrigkeit" gefällt ist. Verstößt eine Wettbewerbsbehandlung beispielsweise gegen einen der Sondertatbestände des UWG, das Rabattgesetz oder die Zugabeverordnung, so ist sie funktionswidrig. Sie ist rechtswidrig und unerlaubt, aber nicht in jedem Fall auch sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG. Nicht jede unerwünschte, nicht einmal jede Wettbewerbsbehandlung, die dem Leitbild des Leistungswettbewerbs nicht entspricht, ist deswegen bereits sittenwidrig.¹⁸⁹⁾

Funktionswidrigkeit kann deshalb allenfalls ein zu berücksichtigender Aspekt bei der Beurteilung einer Wettbewerbsbehandlung sein, eine umfassende Wertung aber nicht ersetzen. Bisher ist es nicht gelungen, die als Ausgangspunkt dieser Arbeit gestellte Frage mit Hilfe der Funktionswidrigkeit zu lösen. Es ist nicht ersichtlich, welche Funktion dem Einstandspreis in der Werbung und im Wettbewerb zukommt, gibt es doch in unserer Wirtschaftsordnung keinen "richtigen" oder "gerechten" Preis¹⁹⁰⁾, dessen Unterschreitung funktionswidrig wäre. Burmann selbst räumt ein, bei der Preiswerbung sei ein "durchgehender rechtlicher Zusammenhang nicht feststellbar."¹⁹¹⁾ Ist somit nicht einmal eine entsprechende Gesetzeswidrigkeit erkennbar, entfällt auch die Möglichkeit, die zu untersuchende Wettbewerbsbehandlung auf eine Funktionswidrigkeit zu untersuchen. Die Frage, ob die Werbung mit dem Angebot unter Einstandspreis per se sittenwidrig ist, kann demnach mit dieser Methode nicht entschieden werden.

¹⁸⁸⁾ Burmann, "Systematik." a.a.O. S. 262(272);

¹⁸⁹⁾ Raumbach-Meferrehl, Finl. Rdz. 65, 73, § 1 Rdz. 190;

¹⁹⁰⁾ Droste, "Die unzulässige." a.a.O. S. 2; Penke, a.a.O. S. 122 (124);

¹⁹¹⁾ Burmann, "Systematik..." a.a.O. S. 262(272);

c) Sittliche Maßstäbe als Beurteilungsgrundlage ?

Wie sich auch gerade beim Thema dieser Arbeit zeigt, ist hier und bei anderen schwierig zu beurteilenden Wettbewerbshandlungen sehr zweifelhaft, ob ethisch-moralische Maßstäbe ein geeignetes Kriterium zur Beurteilung einer Wettbewerbshandlung sind.

Im Wettbewerbsrecht fehlt es an einer historisch gewachsenen, allgemein anerkannten Wertordnung.¹⁹²⁾

Im bürgerlichen Recht wurde davon ausgegangen, daß innerhalb der Bevölkerung durchweg eine einheitliche erkennbare Überzeugung von dem, was "gute Sitte" sei, bestehe.¹⁹³⁾ Es sollte sich also um Normen handeln, die wegen ihrer inneren Bedeutung in das Allgemeinbewußtsein des Volkes übergegangen waren.¹⁹⁴⁾

Im heutigen Wirtschaftsleben gibt es aber oftmals keine solchen einheitlichen Vorstellungen mehr. In unserer pluralistischen Gesellschaftsordnung mit einer Vielzahl von am Wirtschaftsleben beteiligten Gruppen lassen sich zu vielen Fragen einheitliche Grundanschauungen und ethische Maßstäbe häufig nicht mehr feststellen.¹⁹⁵⁾

Man kann dies auch nicht einfach damit ableugnen, indem man sagt, diese Vielfältigkeit der Ethik bestehe nur aus einem Mangel an Übersicht.¹⁹⁶⁾

192) Burmann, "Zum Problem..." a.a.O. S. 511;

193) Knöpfle, a.a.O. S. 33;
Mugdan, Bd. 1 Prot. S. 306; Bericht S. 311
sowie Bd. 2 Prot. S. 1079;

194) RGZ 48, 114(124);

195) Droste, "Recht, Moral..." a.a.O. S. 66(67-69);
Geiler, a.a.O. S. 254, 255; Roth-Stielow,
a.a.O. S. 210 (211); Teubner, S. 16;

196) Kaufmann, "Zur rechtsphilosophischen..." a.a.O.
S. 137(144); Meyer-Cording... a.a.O. S. 273(277);

Viele Fragen des Wettbewerbsrechts lassen sich anhand "einer" vorgegebenen Moral, einer vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte, deren Feststellung nur ein Erkenntnisproblem ist,¹⁹⁷⁾ nicht mehr lösen. Wenn man einmal unterstellt, daß die Rechtsprechung tatsächlich sittlich-rechtliche Maßstäbe anlegt, dann lassen sich die divergierenden Urteile des BGH nicht nur im Verhältnis zu den Instanzgerichten, sondern auch zu anderen Obergerichten, nicht allein damit erklären, das in seinem Urteil abweichende Gericht sei nicht in der Lage, zu erkennen, was vom Anstandsgefühl eines billig und gerecht Denkenden für richtig empfunden werde.¹⁹⁸⁾

Die Vielfalt der Berufsgruppen und Interessen bringt es mit sich, daß in den einzelnen Unternehmensformen verschiedene Anschauungen auch darüber herrschen, was gegen die guten Sitten verstößt.¹⁹⁹⁾

Den durchschnittlichen Gewerbetreibenden gibt es insoweit überhaupt nicht, sondern allenfalls Anschauungen zum Beispiel des durchschnittlichen kleinen Einzelhändlers, die in vielem von den Anschauungen zum Beispiel eines durchschnittlichen Inhabers eines Verbrauchermarktes abweichen.

Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß es eine von allen billig und gerecht denkenden Gewerbetreibenden anerkannte sittliche Grundanschauung darüber gibt, zu welchem Preis eine Ware angeboten und verkauft werden muß. Der Verkauf einer

¹⁹⁷⁾ Teubner, a.a.O. S. 14, 16;
¹⁹⁸⁾ vgl. BGHST 13, 16 u. BVerwG 10, 164; Breithaupt, a.a.O. S. 283 ff.;
¹⁹⁹⁾ so bereits Daffis, a.a.O. S. 801 (803);

Wäre zu einem bestimmten Preis ist sittlich indifferent,²⁰⁰⁾ rechtsethisch wertneutral.²⁰¹⁾ Meyer-Cording führt dazu aus, ein entsprechendes moralisches Rechtsprinzip werde nur von denen behauptet, die sich im Wettbewerb durch billige Preise bedroht sehen. Die Gefährdung des Vorteils einer Gruppe lasse die Pflicht zur Gewinnerzielung zur Ideologie des Interessenstandpunktes auswachsen, die die Basis für "moralische Entrüstung" schaffe, mit der ein solches Verhalten als "Verstoß gegen die Geschäftsmoral" angeprangert werde.

Berufsständische Vereinigungen versuchen, Preiskalkulationen als Verwirklichung der derzeit gültigen sittlichen Anschauungen darzutun und einen unterhalb einer bestimmten Grenze liegenden Preis als mit den guten kaufmännischen Sitten nicht vereinbar zu kennzeichnen.²⁰³⁾ Ein Verhalten ist aber nicht schon deswegen sittenwidrig, weil es gegen die Interessen eines Teils der Mitglieder dieser Vereinigung an der Wahrung ihres Besitzstandes verstößt.

Moralische Maßstäbe sind zur Lösung komplexer wirtschaftlicher Konflikte in unserer Industriegesellschaft mit sich fortlaufend ändernden wirtschaftlichen Gegebenheiten ungeeignet.²⁰⁴⁾ Zwar gibt es auch heute noch Handlungen, die

-
- 200) Hubmann, "Gewerblicher.."a.a.O.S. 247;
201) Detmer, a.a.O. S. 117(119); Merkel, "Die Bekämpfung.."a.a.O.S.66;
202) Meyer-Cording, a.a.O. S. 273(274);
203) vgl. OLG Oldenburg WRP 60, 19 f. "Gedelfi-Resolution" abgedruckt bei Gaedertz, "Der Lockvogelbegriff.."a.a.O.S. 441(442);
204) Lehmann, a.a.O. S. 321 (306); Rödning, a.a.O. S. 1877; Teubner, a.a.O. S. 50;

das sittliche Empfinden aller anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden als verwerflich ansieht, wie Täuschung, Betrug, Bestechung und Anschwärzung.²⁰⁴⁾

Darüber hinaus gibt es aber auch Fälle, in denen die Zusammenhänge so kompliziert, die zu berücksichtigenden Gesichtspunkte insbesondere bei der Einbeziehung der Belange der Allgemeinheit so zahlreich und vielschichtig sind, daß sich eine Aussage eines "unmittelbaren Wertgefühls" nicht mehr erkennen läßt.²⁰⁵⁾

Das bedeutet, daß die Beibehaltung des Begriffs der guten Sitten mit dem Sinngehalt des Bürgerlichen Gesetzbuches auch in Fällen, in denen einheitliche sittlich-rechtliche Grundanschauungen nicht tatsächlich vorhanden sind, rechtsdogmatisch wenig sinnvoll und für eine rechtliche Würdigung von Wettbewerbshandlungen aus heutiger Sicht verfehlt ist. Die Berufung auf Ethik und Moral, wie sie heute noch in der Literatur und Rechtsprechung formelhaft vertreten wird, ist in diesen Fällen unglaublich geworden und weitgehend nur noch Fiktion. Die Anstandsformel ist vielfach nur noch eine Leerformel geworden, wobei die Wiederholung der Rechtsbehauptung - Verstoß gegen angeblich bestehende sittlich-rechtliche Anschauung - als Begründungsersatz dient.²⁰⁶⁾

-
- 204) Lehmann, a.a.O. S. 321 (306); Rödding, a.a.O. S. 1877; Teubner, a.a.O. S. 50;
205) Lehmann, a.a.O. S. 321 (306); Schricker, "Gesetzesverletzung.." a.a.O. S. 41, 200, 216; Wieacker, "Rechtsprechung.." a.a.O. S. 337 (340);
206) Burmann, "Zum Problem.." a.a.O. S. 511 (512); Droste, "Zum Begriff.." a.a.O. S. 35 (39); Esser-Stein, a.a.O. S. 25; Kaiser, a.a.O. S. 390 (391); Sack, "Sittenwidrigkeit.." a.a.O. S. 492 (497); Teubner, a.a.O. S. 20;

Wie wenig auch in der Rechtsprechung tatsächlich ethisch-moralische Normen Grundlage für eine Entscheidung waren, zeigen besonders die Fälle, in denen Handlungen verboten wurden, die außerhalb des Unrechtsbewußtseins der Gewerbetreibenden lagen, aber vom Gericht als im Wettbewerb nicht tunlich angesehen wurden. Entscheidungskriterien waren oftmals ausschließlich wirtschaftspolitische, gewerbepolizeiliche und volkswirtschaftliche Zweckmäßigkeitsüberlegungen, also der ökonomische Nutzeffekt.²⁰⁷⁾

Sittlich-rechtliche Maßstäbe scheiden daher ebenfalls bei der Beantwortung der Frage aus, ob das Anbieten von Waren unter Einstandspreis gegen § 1 UWG verstößt.

d) Bestimmung der guten Sitten anhand einer Interessenabwägung ?

Das Kennzeichen unlauteren Wettbewerbs liegt in einem Verstoß gegen objektive Verhaltensnormen, die die Interessen der Mitbewerber, der anderen Marktbeteiligten und der Allgemeinheit an der Verhinderung von Mißbräuchen im Konkurrenzkampf schützen.²⁰⁸⁾

-
- ²⁰⁷⁾ Droste, "Recht..." a.a.O. S. 65(69);
Droste, "Zum Begriff..." a.a.O. S. 35(36);
Burmahn, "Systematik..." a.a.O. S. 262(267);
Döll, a.a.O. S. 173(174); Joerges, a.a.O.
S. 421(464); Kraft, "Interessen..." a.a.O.
S. 116; Lehmann, a.a.O. S. 321(322);
Meyer-Cording, a.a.O. S. 273(276); Seydel,
a.a.O. S. 83(86); Simitis, a.a.O. S. 48;
²⁰⁸⁾ Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 45, 85;

Dabei ist die Interessenabwägung eine geeignete und vom Sinn und Zweck des Gesetzes her gerechtfertigte Methode, solche Verhaltensnormen im Rahmen der Konkretisierung der Generalklausel des § 1 UWG aufzustellen. Ein umfassendes und der Sachlage gerecht werdendes Urteil, auch über die Frage, ob das Anbieten von Waren unter Einstandspreis unlauter ist, läßt sich letztlich nur durch eine Abwägung der durch diese Wettbewerbshandlung betroffenen Interessen unter Berücksichtigung aller sonstigen Umstände des Einzelfalls fällen.

Die Aufgabe der Rechtsordnung, die Interessen ihrer Mitglieder gegeneinander auszugleichen und abzugrenzen, stellt sich in besonderem Maße im Wettbewerbsrecht.²⁰⁹⁾ Ziel des Wettbewerbs ist es gerade, den Absatz eigener Güter dadurch zu fördern, daß man in den Kundenstamm der Mitbewerber eindringt.²¹⁰⁾ Es stehen also zunächst einmal die Interessen des Anbieters mit denen seiner Konkurrenten in Widerspruch. Jedes Angebot, das aus der Sicht des Kunden gegenüber Konkurrenzangeboten vorteilhafter ist, mindert den Erfolg der Mitbewerber. Abgesehen von Praktiken direkter Behinderung, deren Anstößigkeit evident ist - wozu das Preisunterbieten nicht gehört - bedarf es grundsätzlich einer Abwägung der betroffenen Interessen, um festzustellen, ob eine unzulässige Beeinträchtigung der Betätigung der Mitbewerber vorliegt.²¹¹⁾

- 209) v. Gamm, "Die Interessenabwägung." a.a.O. S. 227; Kraft, "Interessen.." a.a.O. S. 45, 100;
210) Kraft, "Interessen.." a.a.O. S. 110; RGZ 134, 342 (350); RGZ 144, 41 (49, 50); BGHZ 19, 392 (396) "Freiburger Wochenbericht";
211) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 88,

Zu Beginn der Arbeit wurde bereits kurz auf die Stimmen hingewiesen, die meinen, durch das Angebot unter Einstandspreis könnten auch die Interessen der Hersteller und Belange der Allgemeinheit berührt sein.²¹²⁾

Der Gesetzgeber hat durch die Schaffung der Generalklausel gerade nicht wie im sonstigen kodifizierten Recht unter Abwägung der verschiedenen privaten Interessen und öffentlicher Belange eine konkrete Konfliktsituation ausgeglichen.²¹³⁾ Deshalb muß der Richter zwischen diesen gegensätzlichen Interessen im Wettbewerbsrecht durch eine billige und gerechte Wertung und Abwägung der betroffenen Interessen einen gerechten Ausgleich schaffen.²¹⁴⁾ Eine Handlung, die Rechte anderer beeinträchtigt, aber sittlich indifferent ist, ist dann nicht zu beanstanden, wenn die mit ihr verfolgten Interessen höher als die anderen zu bewerten sind.²¹⁵⁾

Die Interessenabwägung ist bereits bei der Auslegung zahlreicher anderer unbestimmter Rechtsbegriffe zur Geltung gekommen.²¹⁶⁾

212) S. 6 - 8;

213) Hoth, "Territoriale.."a.a.O. S. 65(75);

214) Reimer, "Wettbewerbsrecht." 2. Kap. Rdz.8;

Sack, "Wettbewerbsregeln.." S. 150;

215) Hubmann, "Gewerblicher.."S. 247;

Kraft, "Interessen..."S. 119;

216) Nachweise bei Hubmann, "Grundsätze..."

a.a.O. S. 86(87); Kraft, "Interessen..."S.45;

Insbesondere sei daran erinnert, daß die Rechtsprechung einen rechtswidrigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht oder den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anhand einer Interessenabwägung ermittelt. Es wird geprüft, ob das Recht des Gewerbetreibenden, vor Störungen geschützt zu werden, schutzwürdiger ist, als das vom Störer verfolgte Interesse.²¹⁷⁾

aa) Analyse der Rechtsprechung

Wenn auch die Rechtsprechung immer von dem angeblich im Volk oder beim Gewerbetreibenden vorhandenen sittlichen Bewußtsein ausging, so gab es doch seit je Stimmen im Schrifttum, die behaupteten, die Rechtsprechung sei in Wirklichkeit auf Grund einer Interessenabwägung zur Urteilsfindung gelangt. Bereits Jsay war der Ansicht, das Reichsgericht arbeite mit dem Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten auch da, wo es sich in Wahrheit im Fall der Kollision zweier Interessen um die Höherbewertung des einen Interesses gegenüber dem anderen handle.²¹⁸⁾ Auch Burmann²¹⁹⁾, Döll²²⁰⁾ und Hubmann²²¹⁾ meinen, die Rechtsprechung stelle zwar formell auf das "Anstandsgefühl" ab, in vielen Fällen sei anstelle einer sittlich-rechtlichen Beurteilung jedoch eine reine Interessenabwägung getreten, bei der die auf beiden Seiten beteiligten Belange dargestellt und kumulativ miteinander verglichen würden.

-
- 217) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 74; Tetzner, "Der verbraucherorientierte..." a.a.O. S. 726(727); BGHZ 8, 142(145); BGH GRUR 66, 386 (387) "Waren-test"; OLG Frankfurt WRP 74, 212 (214);
218) Rechtsnorm... S. 139, 140, allerdings von einem anderen "Interessen"begriff ausgehend;
219) "Zum Problem..." a.a.O. S. 511(512); vgl. auch Gamm, "Die Interessenabwägung..." a.a.O. S. 227;
220) a.a.O. S. 173 (175);
221) "Grundsätze..." a.a.O. S. 85 (88, 109);

Weiterhin haben Simitis,²²²⁾ Sack,²²³⁾ Kraft²²⁴⁾ und Reimer²²⁵⁾ zahlreiche Urteile untersucht und dabei festgestellt, daß viele Urteile, auch wenn sie an der alten Terminologie wie "Rechtsmoral" festhalten, deutlich erkennen lassen, daß der Konflikt der Interessen unter dem Einfluß mannigfaltiger rechtlicher Wertmaßstäbe nicht allein nach ethischen Kategorien entschieden wird, sondern spätestens seit der Einbeziehung auch der Belange der Allgemeinheit eine Interessenabwägung vorgenommen wird.²²⁶⁾

An einigen Beispielen soll dies verdeutlicht werden. Das Reichsgericht hat ausgesprochen, "..... nur nach der Gesamtheit der Umstände und bei genauer Abwägung der sich daraus ergebenden schutzwürdigen Belange der Beteiligten kann beurteilt werden, ob ein an sich zulässiges Verhalten den Vorwurf wettbewerblicher Unlauterkeit verdient."²²⁷⁾ In BGHZ 17, S.266 (287) hat der Bundesgerichtshof den zur Entscheidung anstehenden Interessenkonflikt sogar gegen den ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes gelöst, mit der Begründung, jedem Gesetz liege eine Interessenabwägung zugrunde

-
- 222) a.a.O. S. 22-25;
 223) "Sittenwidrigkeit." a.a.O. S. 493(494);
 "§ 1 UW und ." a.a.O. S. 247(250);
 224) "Interessen." S. 125 ff.;
 225) "Lockvogelwerbung." a.a.O. S. 568 (573);
 226) so auch Schricker, "Entwicklungstendenzen".
 a.a.O. S. 579(582); "Gesetzesverletzung..."
 S. 199;
 227) RGZ 166, 193(199) "Romantiker-Briefe";

und bei der Beurteilung eines neuen Sachverhaltes sei von dem Interessenkonflikt, den die fragliche Rechtsnorm vorfand und dem Interessenausgleich, den sie herbeiführen wollte, auszugehen.

In BGHZ 38, S. 391 (395) wird gesagt, es bedürfe bei der Anwendung des § 823 BGB einer sorgfältigen Abwägung aller Umstände, insbesondere der *I n t e r e s s e n* des Arbeitgebers gegen die des entlassenen Angestellten (am Schutz des Betriebsgeheimnisses gegen Auswertung) in derselben Weise, wie bei der Anwendung der §§ 1 UWG, 826 BGB.

In BGHZ 49, S. 325 (329, 330) wird untersucht, ob ein Preisvergleich durch die Wahrnehmung eines berechtigten Interesses in der Person des Wettbewerbers oder aus einem schutzwürdigen Bedürfnis der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.

Eine Interessenabwägung nahm der BGH beispielsweise auch in seinem Urteil vom 28. 10.1970 vor,²²⁸⁾ in dem er den Interessen der Mitbewerber am Unterbleiben einer kostenlosen Kfz-Diagnose den Vorrang vor dem Interesse der Allgemeinheit an der Verkehrssicherheit der Kfz gab.

Eine Interessenabwägung hat der BGH eindeutig in seinem Urteil vom 19.11.1971 vorgenommen,²²⁹⁾ in dem es heißt:

²²⁸⁾ BGH GRUR 71, 162 (163) "Diagnose-Zentrum",

²²⁹⁾ BGH GRUR 72, 364 (366) "Kehrwert-Fahrten",

"Die notwendige Abgrenzung ergibt sich ...erst aus der - für die Anwendung des § 1 UWG stets vorausgesetzten - Abwägung der Interessen der Beteiligten, hier also einerseits dem Interesse der Beklagten an einem Ausgleich ihrer Standortnachteile gegenüber den im Stadtzentrum gelegenen Unternehmen, andererseits den berechtigten Interessen der Mitbewerber, nicht durch das Angebot unentgeltlicher Beförderungsleistungen... ihre Kunden zu verlieren und schließlich auch den Interessen der Allgemeinheit, einen ausreichenden Zugang zu allen Warenangeboten zu erhalten..."

Faktisch, wenn auch zum Teil unausgesprochen, wird in allen Urteilen eine Interessenabwägung vorgenommen, in denen Interessen des Wettbewerbers, der Mitbewerber und Belange der Allgemeinheit eine Rolle spielen.²²⁹⁾ Nicht nur im Rahmen des § 1 UWG nimmt die Rechtsprechung eine solche Interessenabwägung vor. Worauf an späterer Stelle noch einzugehen sein wird, erfolgt dies in schwierigen Abgrenzungsfällen auch bei § 3 UWG.²³⁰⁾

-
- 229) beispielsweise BGH GRUR 65,96(99) "20% unter Richtpreis"; BGH GRUR 69, 186 "Reprint"; BGHZ 19, 392 (396) "Freiburger Wochenbericht"; BGHZ 28, 54 (59) "Direktverkäufe";
- 230) BGH GRUR 63, 36 (39) "Fichtennadelextrakt"; BGH WRP 66, 340 (345) "Glutamol"; BGH GRUR 74, 665 (666) "Germany"; vgl. auch BGH GRUR 73, 201(203) "Trollinger";

tt) Im Schrifttum wird die Interessenabwägung immer mehr als geeignete Methode zur Ermittlung der guten Sitten angesehen. Einige andere, einer Interessenabwägung positiv gegenüber stehende Stellungnahmen seien im Nachfolgenden wiedergegeben.

Bereits Smoschewer²³¹⁾ hatte bemerkt, das Stigma der Unsittlichkeit sei in vielen Fällen nur ein Vorwand, um die Entscheidung auf die Erfordernisse vernünftiger Interessen abwägung stützen zu können.

Nach Sack²³²⁾ hat sich inzwischen die Ansicht zu Recht immer mehr durchgesetzt, daß das, was im Wettbewerb gute Sitte sein soll, nur durch eine dem ständigen Wandel der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung angepaßten Wertung und Abwägung der vom Wettbewerb betroffenen Interessen festgestellt werden könne.

Von Gamm²³³⁾ führt aus, erst eine Interessenabwägung auf der Grundlage der maßgebenden Gesamtumstände ergebe die erforderliche Tatbestandsabgrenzung des § 1 UWG.

Schricker²³⁴⁾ meint, moralische Maßstäbe könnten die heutigen komplizierten Wettbewerbskonflikte nicht mehr lösen, die Interessenjurisprudenz erlaube es, von der unsicheren, der ethik-immanenten "mittelbaren" Interessenabwägung zur unmittelbaren Interessenbewertung überzugehen.

231) a.a.O. S. 1265 (1272);

232) "Sittenwidrigkeit" a.a.O.S.493(494,500);

233) "Die Grenzen.."a.a.O.S.1(3); "Die Interessenabwägung.."a.a.O.S.227(228);

234) "Unlauterer Wettbewerb.."a.a.O. S.32(41);

"Entwicklungstendenzen.."a.a.O.S.579(582);

"Gesetzesverletzung.."a.a.O. S. 199;

Nach der Meinung Reimers²³⁵⁾ dient die Interessenabwägung im Rahmen des § 1 UWG zur Feststellung eines tatbestandsmäßigen Verhaltens: "Da im Wettbewerb die Interessen der Wettbewerber, der übrigen Marktbeteiligten und der Allgemeinheit keineswegs notwendig konform gehen, sondern häufig hart aufeinanderstoßen, erfordert die Anwendung der Generalklausel eine Interessenabwägung."

Ferner sind Schwartz²³⁶⁾, Hoth²³⁷⁾ und Schrauder²³⁸⁾ der Auffassung, der Schutzzweck des UWG sei wegen der Vielzahl privater Interessen und sozialer Belange Interessenschutz, also müsse eine Interessenabwägung vorgenommen werden.

Nach Breithaupt muß der richterlichen Entscheidung darüber, was gegen die guten Sitten verstößt, eine sorgfältige Analyse der Verhältnisse und einander widerstreitenden Interessen vorangehen.²³⁹⁾

Für Baumbach-Hefermehl ist die Generalklausel des § 1 UWG in ihrem Kern sittlich-rechtlich fundiert.²⁴⁰⁾

²³⁵⁾ Reimer, Wettbewerbsrecht, Grundz. Rdz. 6
25. Kap. Rdz. 3;

²³⁶⁾ a.a.O. S. 333(334);

²³⁷⁾ Territoriale. a.a.O. S. 65(75);

²³⁸⁾ a.a.O. S. 130, 131, 132;

²³⁹⁾ a.a.O. S. 283(284, 285);

²⁴⁰⁾ Wettbewerbsrecht, Einl. Rdz. 59;

Zugleich wird aber ausgeführt:

"Da das UWG-Recht außer den Interessen der Mitbewerber und der Mitbewerber-Gesamtheit auch die Interessen der übrigen Marktteilnehmer und die Interessen der Allgemeinheit an der Lauterkeit des Wettbewerbs schützt, wird sich häufig eine Entscheidung über den Unwert einer Wettbewerbshandlung erst auf Grund einer Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen, Rechte und Güter treffen lassen. Bei einem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wird der Unrechtsgehalt stets durch eine Interessen- und Güterabwägung ermittelt. Dieselbe Methodik kann bei der Beurteilung einer Wettbewerbshandlung wegen der Pluralität der im Spiel befindlichen Interessen geboten sein. Dabei stellen sich mehrere Aufgaben: Erstens sind die aus der Sicht des Wettbewerbs relevanten Interessen aufzudecken und in Bezug auf ihre Schutzwürdigkeit zu erfassen, zweitens sind die betroffenen Interessen, Rechte und Güter gegeneinander abzuwägen und festzustellen, welchen im Fall der Kollision der Vorrang beizumessen ist."²⁴¹⁾

²⁴¹⁾ Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 74, ähnlich Rdz. 25;

Vielfach wird allerdings die Einschränkung gemacht, dadurch dürfe aber nicht der sittlich-rechtliche Beurteilungsmaßstab völlig beiseite geschoben werden. Auch die Interessenabwägung habe sich letztlich an dem allgemeinen sittlichen Bewußtsein auszurichten.²⁴²⁾

Gegen die praktische Verwertbarkeit der Interessenjurisprudenz zur Streitentscheidung wird vorgebracht, ebenso wie man über das "Anstandsgefühl" streiten könne, so könne man über die Bewertung und Bedeutung der Interessen verschiedener Meinung sein.²⁴³⁾ Selbstverständlich liegt bei der Interessenabwägung die Schwierigkeit weniger in der Erforschung, als in der Bewertung und Abwägung der beteiligten Interessen.²⁴⁴⁾ Bei komplizierten wirtschaftlichen Zusammenhängen machen die Vielzahl der beteiligten Interessen und der sich aus dem Sachverhalt ergebenden Bewertungsfaktoren eine Interessenabwägung sicherlich oftmals nicht ganz einfach. Auch können bei der Abwägung richterliche Eigenwertungen einfließen.²⁴⁵⁾

Die Schwierigkeit der Urteilsfindung in solchen Fällen ist aber eine logische Folge des komplizierten Sachverhaltes.

-
- 242) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 74, ebenso Hubmann, "Gewerblicher." S. 247; Schrickel, "Unlauterer Wettbewerb." a.a.O. S. 32 (41, Fußn. 127);
243) Meyer-Cording, a.a.O. S. 273 (277); Bußmann, a.a.O. S. 119;
244) Hubmann, "Grundsätze." a.a.O. S. 85 (123, 124, 133); Kraft, "Unlauterer." S. 83 (85); Schrickel, "Gesetzesverletzung." a.a.O. S. 237;
245) Hubmann, "Grundsätze." a.a.O. S. 85 (123, 124, 133); Kraft, "Interessen" S. 62, 89; Zippelius, "Das Wesen." S. 64-66;

Bei § 1 UWG kann die Rechtsanwendung eben nicht der einfache Nachvollzug einer gesetzgeberischen Interessenabwägung sein. Hier wird von der Rechtsanwendung ein eigener Anteil an der Bewertung und Abwägung verlangt, weil es an einer vorgegebenen gesetzlichen Interessentwertung fehlt, an die sich alle anderen Wertentscheidungen anlehnen könnten.

Eine Einbeziehung des jeweiligen Rechtsbewußtseins der Zeit in die Bewertung sorgt für eine den sich wandelnden Auffassungen angepaßte Bewertung der Interessenkonflikte und damit eine gegenwartsnahe Rechtsfindung.

Durch eine Interessenabwägung ist es auch möglich, differenzierten Sachlagen gerecht zu werden und auch hier noch eine Entscheidung nach der Überwiegenden Interessenlage zu treffen.²⁴⁶⁾ Eine Gegenüberstellung und Abwägung der Interessen ist gerade bei neuen und zweifelhaften Wettbewerbshandlungen eine sachgerechtere Urteilsbegründung, als die Verweisung auf eine fiktive sittlich-rechtliche Anschauung des Durchschnittsgewerbetreibenden.

Mit der Interessenabwägung ist es möglich, den jeweils zugrundeliegenden Interessenkonflikt richtig herauszuarbeiten und komplexe wirtschaftlicher Zusammenhänge gleichsam "durchsichtig" zu machen.²⁴⁷⁾ Sie bietet somit dem Richter ein methodisches Hilfsmittel zur Bewältigung der ihm in § 1 UWG zugewiesenen Aufgabe, Interessenkonflikte in nachvollziehbarer Weise zu lösen. Da sie die Maßstäbe zur Bewertung der Interessen nicht aus sich selbst heraus schöpft,²⁴⁸⁾ sondern der gesamten Rechtsordnung und der Natur des

²⁴⁶⁾ Hubmann, "Grundsätze..." a.a.O.S.85(123, 124);

²⁴⁷⁾ Schricker, "Gesetzesverletzung.."S.237;

²⁴⁸⁾ Kraft, "Interessen.."S.76 ff.; Schricker, "Gesetzesverletzung.."S. 237;

Wettbewerbs entnimmt, bringt sie einmal die derzeit gültigen Wertungskriterien zur Geltung²⁴⁹⁾, verwirklicht also die Gerechtigkeit. Außerdem wird dadurch eine differenzierte, den Besonderheiten jedes Einzelfalls Rechnung tragende Entscheidung ermöglicht.

Die Behauptung, die Anwendung der Interessentheorie im Rahmen des § 1 UWG sei wegen Verstoßes gegen Art. 2 GG grundgesetzwidrig²⁵⁰⁾, ist abwegig. Im Wirtschaftsleben stehen sich häufig Privatrechte oder verfassungsrechtliche Freiheitsrechte gegenüber. Keines der Rechte darf jeweils schrankenlos ausgeübt werden. Eine Güter- und Interessenabwägung im konkreten Einzelfall ist die allseits übliche rechtliche Lösung solcher Konfliktfälle.²⁵¹⁾

cc) Ergebnis

Ob eine Wettbewerbshandlung im Einzelfall gegen die "guten Sitten" verstößt, ist im Konfliktfall deshalb durch eine Interessenabwägung festzustellen. Bei einem Verstoß gegen diese durch Interessenabwägung ermittelte objektive Verhaltensnorm liegt damit zugleich ein Verstoß gegen die guten Sitten vor. Ob dadurch zugleich eine "sozialethische" Entscheidung getroffen wird, soll dahingestellt bleiben.. Auf diese mehr rechtsphilosophische und dogmatische Frage kommt es hier deswegen nicht an, weil auch diese "Sozialmoral" anhand einer Interessenabwägung ermittelt wird.

249) Schricker, "Gesetzesverletzung" S. 237, 238;
250) v. Godin, "Über den Verstoß..." a.a.O. S. 127(129);
251) Reimer, "Wettbewerbsrecht" 25. Kap. Rdz. 3;

Im weiteren Verlauf der Arbeit ist demnach festzustellen, welche Interessen des Anbieters, der Mitbewerber, des Herstellers der Ware und der Allgemeinheit von diesem Wettbewerbsverhalten berührt werden. Sind diese Interessen schutzwürdig, dann müssen die Interessen des Anbieters gegenüber denjenigen abgewogen werden, die durch seine Werbemaßnahme beeinträchtigt werden. Da - wie bereits ausgeführt - privaten Interessen grundsätzlich gleicher Rang zukommt, ist dazu erforderlich, die Bewertungsfaktoren zu überprüfen, die zu einer Höherbewertung des einen Interesses führen können. Im vorliegenden Fall kommen dafür beispielsweise der "Besitzstand" der Markenartikelhersteller und Mitbewerber, sowie "öffentliche Belange" in Betracht. Die Abwägung muß dann ergeben, ob die Interessen des Werbenden oder die entgegenstehenden Interessen höher zu bewerten sind.

4. Teil

Täuschung, sonstige rechtswidrige Beeinflussungen der Verbraucher und Herabsetzung der Mitbewerber

I. Vorbemerkung

In der Regel läßt sich die Gesamtbeurteilung einer Wettbewerbshandlung erst auf Grund einer Abwägung der verschiedenen positiven und negativen Momente unter Würdigung der betroffenen schutzwürdigen Interessen treffen.

Gleichwohl kann ein einzelner Umstand bereits so schwerwiegend sein, daß allein durch ihn das Verbot einer Wettbewerbshandlung gerechtfertigt ist.²⁵³⁾

Beispielsweise kommt dem Wahrheitsgrundsatz und damit dem Verbot der Irreführung im Wettbewerbsrecht überragende Bedeutung zu.²⁵⁴⁾

Die vom Gesetzgeber selbst in § 3 UWG vorgenommene Interessenabwägung²⁵⁵⁾ zeigt deutlich, daß eine Irreführung grundsätzlich eine Wettbewerbshandlung unlauter macht, mag auch mit ihr ein schutzwürdiges Interesse, die Förderung des Absatzes der eigenen Waren verfolgt werden. Die Irreführung ist deshalb als absolut negativer Bewertungsfaktor einer Wettbewerbshandlung anzusehen, weil sie die Entscheidungsfreiheit der Umworbenen von vornherein ausschließt und durch eine Verfälschung der Angebotslage eine nicht hinnehmbare Behinderung der Mitbewerber hervorruft. Das Mittel der Irreführung ist schlechthin unzulässig. Lediglich ausnahmsweise kann, worauf noch an späterer Stelle einzugehen sein wird, eine Interessenabwägung dazu führen, einen Rest von Irreführungsgefahr in Kauf zu nehmen.²⁵⁶⁾

253) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 85;

254) BGH NJW 52,579(580); BGH Einl. Rdz.86;

Kraft, "Interessen.."S. 232 ff, 252 ff.;

255) Borck, "Die geheimen.."a.a.O.S. 258(260);

256) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 86;

Die Entscheidungsfreiheit der Umworbenen kann auch noch in anderer Weise als durch Täuschung beseitigt werden. Zwar ist die Beeinflussung des Kunden im Sinne einer Motivation zum Kauf durchaus wettbewerbseigen. Erfolgt aber die Beeinflussung durch andere Umstände, als den Preis und die Qualität der Ware selbst - in einer solchen Intensität, daß sie sich als Kaufzwang auswirkt, so rechtfertigt auch dies vielfach allein bereits das Unwerturteil über die Wettbewerbshandlung.²⁵⁷⁾

Gleiches gilt auch für eine Werbung unter persönlicher Herabsetzung des Konkurrenten.²⁵⁸⁾

II. Die Irreführung des Publikums nach § 3

UWG

Teil A

Täuschung über die angebotene Ware selbst

In manchen Fällen des Angebots unter Einstandspreis liegt eine Irreführung des Publikums lediglich auf diese Ware bezogen vor, ohne daß noch eine Verbindung mit dem übrigen Angebot herzustellen ist. Unzulässig ist eine solche Werbung beispielsweise, wenn der Werbende die unter Einstandspreis angebotene Ware überhaupt nicht, nur in unzureichenden Mengen hat oder sie im Laden nicht vorzeigen kann.²⁵⁹⁾

-
- ²⁵⁷⁾ Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 87; Kraft, "Interessen..." S. 254;
²⁵⁸⁾ Kraft, "Interessen." S. 255, 256;
²⁵⁹⁾ Baumbach-Hefermehl, § 3 Rdz. 267, 268; Gaedertz, "Der Lockvogelbegriff.." a.a.O. S. 441; OLG Celle WRP 59, 303; OLG Hamburg WRP 55, 150; OLG Hamburg WRP 59, 303, RG MuW 1912, 648; Spengler-Weber, a.a. O. S. 202, 203;

Unzulässig ist es auch, beim Verkauf einen höheren, als den angekündigten Preis zu verlangen oder den Kunden anzulocken und ihn sodann zum Kauf einer teureren Ware zu überreden.²⁶⁰⁾

Abgesehen davon, daß in diesen Fällen die Unlauterkeit nicht gerade in der Unterschreitung des Einstandspreises liegt, ist das Unwerturteil über diese "Lockvögel" unproblematisch.²⁶¹⁾

Teil B.

Täuschung über die Preiswürdigkeit
des übrigen Sortiments

Die zu entscheidende Frage ist hier, ob das Publikum durch das Anbieten einer oder einiger Waren unter Einstandspreis, was meist im Zusammenhang mit anderen Angeboten erfolgt, über die Preisbemessung des übrigen Sortiments irregeführt wird. Dies wird mit der Begründung bejaht, der angesprochene Verbraucher schließe von dieser besonderen Preiswürdigkeit darauf, daß auch das übrige Angebot ebenso oder ähnlich preisgünstig sei, was aber nicht sein könne, weil kein Kaufmann sein gesamtes Warenlager so kalkulieren könne.

-
- 260) LG Frankfurt WRP 59, 271 (272), RG JW 1905.
507;
261) vgl. noch Harmsen,"§ 3 UW .".a.a.O.S.357
(361); Hass, a.a.O. S. 691; Rosenthal,
Wettbewerbsrecht § 3, Rdz. 85; BT-Druck-
sache V/4035, a.a.O. S. 338, 339, BGH U
v. 17.9.1969 WRP 69, 446 (447);

Auch wenn das Angebot nicht ausdrücklich als beispielhaft für die Preislage des Gesamtsortiments angepriesen werde, so erwecke eine solche Werbung doch beim Verbraucher die Vorstellung, das gesamte Sortiment sei so preisgünstig.²⁶²⁾

1. Stand der Rechtsprechung

- a) Die Urteile der Instanzgerichte sind entscheidend geprägt von dem Grundsatzurteil des BGH in dieser Frage vom 17.9.1969.²⁶³⁾ Ein Einzelhandelsgeschäft hatte im Schaufenster und auf Flugblättern mit folgenden Angaben geworben:

"Mein Angebot:

1/1 Flasche (0,7l) Scharlachberg
Meisterbrand nur DM 9,40

1/1 Flasche (0,7l) Doornkaat nur
DM 7,25".

Der BGH hat diese Werbung als Verstoß gegen § 3 UWG angesehen. Da sich auch die spätere Rechtsprechung immer wieder den Ausgangspunkt des BGH zu eigen machte, seien hier die tragenden Urteilsgründe wörtlich wiedergegeben. Der BGH führt aus:

"Bei dieser Entscheidung ist zu Gunsten des Beklagten davon auszugehen, daß es im Einzelhandel weithin üblich und auch unbedingt zulässig ist, bestimmte Waren billiger anzubieten, als das übrige Sortiment.

262) so bereits Alexander-Katz, a.a.O.S.66; Degen, a.a.O. S. 137 (150); Finger, a.a.O. S. 298; Rosenthal, "Preisschleudern." JW 1915, 227; Rosenthal GRUR 1915, 32;

263) GRUR 70, 33 ff "Lockvogel" mit Anm.Droste;

Vielfach werden diese billigen Angebote als Verkaufsschlager besonders herausgestellt, in der Hoffnung, der Käufer werde zusammen mit dem Einkauf dieses Artikels auch seinen übrigen Bedarf decken. Je deutlicher der Kunde dabei erkennt, daß es sich um ein aus dem übrigen Sortiment herausfallendes Sonderangebot handelt, desto geringer wird naturgemäß die Gefahr, daß er von diesem Sonderangebot fälschlich auf die Preiswürdigkeit des gesamten Sortiments schließt. Anders kann hingegen die Sachlage zu beurteilen sein, wenn ein Händler einige wenige Waren, mit denen der Verbraucher bereits genauere Preisvorstellungen verbindet, auffallend preisgünstig und ins Auge fallend anbietet, ohne gleichzeitig deutlich werden zu lassen, daß es sich um die Einzelercheinung eines Sonderangebots handelt. Hier kann sich bei einem nicht unerheblichen Teil der Verbraucher durchaus der irrtümliche Eindruck bilden, daß in diesem Geschäft auch andere Waren, über deren Preise sie keine bestimmten Vorstellungen haben und deren Nachprüfung ihnen auch kaum möglich ist, besonders preisgünstig zu erwerben sind."

Der BGH fährt fort, hier könne der Verbraucher die besonders vorteilhafte Preisgestaltung leicht erkennen. Der Beklagte habe diese fraglichen Artikel aber nicht in einer Weise als Sonderangebot herausgestellt, wie der Kunde das sonst bei ungewöhnlich günstigen Sonderangeboten gewöhnt sei. Sodann fährt der BGH fort:

"Da so der Kunde einerseits nicht darauf hingelenkt wird, daß es sich um eine besondere Ausnahme handelt und da er andererseits auch keinen Anlaß zu der Annahme hat, diese bekannten Spirituosen würden etwa wegen der Gefahr des Verderbs oder wegen Änderung in der Geschmacksrichtung oder aus ähnlichen Gründen preiswert abgestoßen, besteht die Gefahr, daß sich bei einem nicht unerheblichen Teil der Verbraucher die Vorstellung aufdrängt, der Beklagte, der sogar bekannte Spirituosen so preiswert abgibt, sei auch in seinem übrigen Angebot besonders preisgünstig."

Diese Rechtsprechung hat der BGH auch in seiner Entscheidung vom 21. Dezember 1973²⁶⁴⁾

aufrechterhalten. Hier war folgende Werbung zu beurteilen:

"MC. Happy bricht die Preise !

1 Tonne frische deutsche Markenbutter	250 g	1,59
1000 Liter frische Trinkmilch von der Milchzentrale Karlsruhe	Liter	-,59
4000 Hähnchen á 1050 g (Handelsklasse A über 2 Pfund)	Stück	2,69

Abgabe nur in handelsüblichen Mengen"

Auch hier geht der BGH davon aus, daß eine Irreführung nach § 3 UWG dann vorliege, wenn mit der besonders günstigen Preisgestaltung einer Ware in der Art geworben werde, daß den angesprochenen Verkehrs-

²⁶⁴⁾ WRP 74, 264 ff. "Intermarkt" m.Anm. Gaedertz

kreisen dieser Preis als beispielhaft für die Preisgestaltung des gesamten Sortiments erscheine. Je deutlicher der Kunde erkenne, daß es sich um ein aus dem übrigen Sortiment herausfallendes Sonderangebot handele, desto geringer werde die Gefahr sein, daß er von diesem Sonderangebot fälschlich auf die Preiswürdigkeit des Sortiments schließe.²⁶⁵⁾

Eine Differenzierung in der Verdeutlichung danach, ob der Einstandspreis unterschritten werde oder nicht, lehnt der BGH ausdrücklich ab. Dem Publikum sei dieser Preis nicht bekannt. Außerdem sei dieser innerbetriebliche Umstand nicht relevant für die maßgebliche Frage, ob die Preisstellung als Beispiel für das übrige Sortiment aufgefaßt werde. Wegen der Mengenbegrenzung und der leichten Verderblichkeit der angebotenen Waren bejaht der BGH eine hinreichende Verdeutlichung des Angebots als Sonderangebot und lehnt daher einen Verstoß gegen § 3 UWG ab.

Auch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte untersucht, ob das Angebot unter Einstandspreis als "Sonderangebot" erkennbar ist.²⁶⁶⁾

265) BGH a.a.O. S. 264 (265);

266) OLG Bremen WRP 70, 314 (315); OLG Hamburg WRP 70, 441 (443); OLG Karlsruhe WRP 72, 263 (264); OLG Karlsruhe WRP 73, 170 (171), OLG Koblenz WRP 71, 182 (183); OLG Koblenz WRP 72, 265 (266) mit Anm. Gaedertz; OLG Koblenz U. v. 14. Juni 1974, Az. 2 U 257/74;

Das Oberlandesgericht Koblenz nahm in seinem Urteil vom 18. Februar 1972, ²⁶⁷⁾ wie Gaedertz in seiner Anmerkung zutreffend feststellte, ²⁶⁸⁾ eine Ausweitung der BGH-Rechtsprechung ²⁶⁹⁾ auf den Fall vor, daß das Angebot nicht besonders in den Vordergrund gestellt und ins Auge fallend angeboten wird.

Auch dann liege in dem Anbieten eines Markenartikels unter Einstandspreis konkludent die Behauptung, das übrige Angebot sei ebenso preisgünstig. Hier sei es anders, als bei einem erkennbaren Sonderangebot, aus welchem der von der Werbung angesprochene Endabnehmer nicht ohne weiteres auf eine gleiche Preiswürdigkeit des gesamten Sortiments ²⁷⁰⁾ schließe. Insbesondere wenn der Verbraucher erkenne, daß der Verkaufspreis des Sonderangebots unter den Selbstkosten liege, nehme der Verbraucher an, der Händler werde die ihm entstehenden Verluste im Wege einer Mischkalkulation an anderer Stelle seines Warenangebots durch höhere Preise wieder ausgleichen. ²⁷¹⁾

-
- 267) WRP 72, 265 (266);
268) WRP 72, 266(267);
269) BGH GRUR 70, 33(34) "Lockvogel"
270) OLG Karlsruhe U. v. 14.2.1973 WRP 73,170(171)
271) OLG Bremen U. v. 23.April 1970 WRP 70,314 (315);

Das Oberlandesgericht Koblenz meint in seinem neuesten Urteil vom 14. Juni 1974 ²⁷²⁾, daß eine Irreführungsgefahr nicht bestehe, wenn der mit der Werbung angesprochene Verbraucher ohne weiteres davon ausgehe, der Verkaufspreis der als Sonderangebot herausgestellten Ware, liege unter den Selbstkosten des Händlers. Aus dieser Erkenntnis ergebe sich für ihn die Schlußfolgerung, daß der Händler die ihm entstehenden Verluste im Wege der Mischkalkulation bei anderen Waren ausgleiche.

- b) Das Landgericht Hannover ²⁷³⁾ meldet Zweifel daran an, ob der Verbraucher überhaupt von der Werbung mit der Preiswürdigkeit eines Artikels auf die Preiswürdigkeit des übrigen Sortiments schließt. Es meint, der Kunde entnehme der Anzeige mangels weiterer Umstände nur, daß dieser Artikel besonders günstig angeboten werde. Ein anderer Eindruck könne erst dann entstehen, wenn in der Anzeige konzentriert - vielleicht sogar aus den verschiedensten Bereichen - mit erkennbar günstigen Preisen geworben werde, weil er die Anzeige in diesem Fall als eine für das gesamte Warensortiment repräsentative Aussage sehe.

²⁷²⁾ U. vom 14.6.1974 Az. 2U. 257/74;

²⁷³⁾ WRP 73, 551 (552);

2. Meinungsstand im Schrifttum

Das Schrifttum folgt überwiegend dem Ausgangspunkt der Rechtsprechung und bejaht eine Irreführung der Verbraucher, wenn die besondere Preiswürdigkeit evident und das Angebot nicht als "Sonderangebot" erkennbar ist. Insbesondere wenn bekannte Markenwaren, deren üblicher Preis dem Verbraucher bekannt sei, unter dem Einstandspreis angeboten werden, so könne der Verbraucher die falsche Vorstellung gewinnen, es biete sich ihm eine allgemein günstige Einkaufsquelle.²⁷⁴⁾

Allerdings wird darauf hingewiesen, daß die Abgrenzung zum Sonderangebot problematisch ist, weil auch der Käufer von einem solchen auf die Preiswürdigkeit des übrigen Sortiments schließen könne.²⁷⁵⁾ Noch weiter geht Schmitz-Hangbers, für den sogar ein Sonderangebot unterhalb des Einstandspreises ein nach § 3 unzulässiges Angebot ist, wenn nicht besondere Umstände vorhanden sind, die die Irreführung des Verbrauchers ausschließen.²⁷⁶⁾

- 274) Baumbach-Hefermehl, § 3, Rdz. 270-274; Borck, "Besteht Anlaß.."a.a.O.S. 531(532); Fikentscher, "Die Preisunterbietung.."a.a.O. S. 201 (204); Gaedertz, Anm. zum U. des OLG Koblenz vom 18.2.1972, a.a.O.S.266(267) Gaedertz, "Der Lockvogel-Begriff.."a.a.O. S. 441 ff.; Harmsen, "§ 3 UWG und.."357(362) Hiersemann, a.a.O. S. 33(37); Lutz, "Wettbewerbsregeln.."a.a.O. S. 49(52); Mellerowicz, "Die wirtschaftliche.."a.a.O. S.43(54) Müller-Scholz, a.a.O. S. 241(243); Paul, "Lockvogel-Werbung.."a.a.O. S. 170; Piepenbrock, a.a.O. S. 132(133); Rasch, a.a.O. S. 387 (394); Reimer, "Lockvogelwerbung.."a.a.O. S. 568 (573); Wegner, a.a.O.S.141 (142);
- 275) Baumbach-Hefermehl, § 3 Rdz. 270; Martino, "Das Lockvogelurteil.."594(598);
- 276) a.a.O. S. 346 (350);

Auch Gaedertz ²⁷⁷⁾ ist der Meinung, daß selbst Sonderangebote, die unter dem Einstandspreis liegen, geeignet sind, den Irreführungstatbestand des § 3 UWG zu erfüllen, weil nach Wegfall der Preisbindung der Verbraucher keinen Anhaltspunkt für die Preisgestaltung bestimmter Waren mehr habe und durch das Anbieten bekannter Artikel zu besonders günstigem Preis für ihn zwangsläufig der Eindruck entstehen müsse, daß hier ganz allgemein besonders eng kalkuliert werde.

Kritisch gegenüber dieser Argumentation hat sich Weber geäußert. Er meint, der Verbraucher habe beispielsweise beim Kauf geringwertiger, aber gleichwohl bekannter Markenartikel nicht die Vorstellung, eine Vielzahl anderer Artikel ebenfalls zu so billigen Preisen erwerben zu können, nur weil der eine oder andere Artikel unter dem Einstandspreis, den der Käufer sowieso nicht kenne, kalkuliert worden sei. ²⁷⁸⁾

Auch Hass bezweifelt, ob ein Angebot, das nicht als Sonderangebot gekennzeichnet sei, beim Publikum den Eindruck erwecke, es seien auch alle anderen Waren entsprechend billig kalkuliert. ²⁷⁹⁾

3. Eigene Stellungnahme

a) Ausgangslage

aa) Bei der Prüfung, wie die angesprochenen Verkehrskreise eine Werbeangabe verstehen können, ist von einem durch-

²⁷⁷⁾ Der Lockvogelbegriff..a.a.O. S. 441(443,444)

²⁷⁸⁾ a.a.O. S. 130 (131,132);

²⁷⁹⁾ a.a.O. S. 691 (694); vgl. auch Vetter, a.a.O. S. 13;

schnittlich erfahrenen und sachkundiger Verbraucher auszugehen.²⁸⁰⁾ Nicht erforderlich ist, daß tatsächlich eine Irreführung eintritt. Es genügt, daß die Werbeangabe dazu geeignet ist, den Umworbenen irrezuführen.²⁸¹⁾

- bb) Dabei ist nicht erforderlich, daß die Verkehrsteilnehmer insgesamt der Werbung einen Sinn entnehmen, der mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt. Es genügt, wenn ein nicht unerheblicher Teil der Kreise, an die sich die Ankündigung richtet, irregeführt werden kann.²⁸²⁾

Dieser "nicht unbeachtliche Teil" läßt sich nicht ziffernmäßig fest-²⁸³⁾ legen, wie manchmal vorgeschlagen wird. Zwar hat auch der BGH 26 v.H. oder 16 v.H. als "nicht unerheblichen Teil" angesehen.²⁸⁴⁾ Zugleich hat der Bundesgerichtshof aber immer betont, daß sich dieser "nicht unerhebliche Teil" nicht ziffernmäßig genau begrenzen läßt.

-
- 280) Baumbach-Hefermehl, § 3 Rdz. 32; BGH GRUR 60, 567 (569) "Kunstglas"; BGH GRUR 1966, 515(516) "Kukident";
- 281) Baumbach-Hefermehl, § 3, Rdz. 85; Bunge-roth, a.a.O. S. 93; Krieger, a.a.O.S. 511 (514,515); BT-Drucksache VI4035 a.a.O.S. 338 (339); Piepenbrock, a.a.O. S. 132;
- 282) allg. A. Baumbach-Hefermehl, § 3, Rdz.28 m.w.N.;
- 283) OLG Bremen, WRP 72, 320(322); Sauberschwaz, a.a.O. S. 46(47,48);
- 284) BGH GRUR 63,589 (592) "Lady Rose"; BGH GRUR 59, 365 (366) "Englisch-Lavendel"; BGH GRUR 74, 158 (159) "Rhenodur II";

Neben der Zahl der Getäuschten kommt es auch auf das Sachgebiet an, in dem die Werbung erfolgt, sowie auf die Interessen der Allgemeinheit und der Mitbewerber,²⁸⁵⁾ die durch diese Werbung berührt werden.

b. Welche Assoziationen hat der Verbraucher ?

Für nicht ausdrücklich als Sonderangebot erkennbare Billigangebote liegen bislang keine demoskopischen Untersuchungen darüber vor, welche Schlüsse der Verbraucher aus einem oder mehreren günstigen Angeboten zieht. Allerdings hat das Institut für Demoskopie Allensbach in einer Untersuchung 1968 festgestellt, daß 46 v.H. der Gesamtbevölkerung glauben, daß man in einem Geschäft, das Sonderangebote hat, auch sonst günstig einkauft.²⁸⁶⁾ Nach einer neuen Untersuchung dieses Instituts ist dieser Prozentsatz inzwischen auf 26 v.H. zurückgegangen.²⁸⁷⁾ Daraus wird man schließen können, daß dann, wenn das Billigangebot nicht einmal als besonderes, aus dem übrigen Angebot herausfallendes Sonderangebot erkennbar ist, ein nicht unerheblicher Teil der Verbraucher Rückschlüsse auf die Preiswürdigkeit auch des übrigen Sortiments zieht.²⁸⁸⁾

-
- 285) Baumbach-Hefermehl, § 3, Rdz. 28, BGH WRP 66, 340 (345) "Glutamal"; BGH GRUR 73, 361 (362) "san Remo";
286) Geiger, a.a.O. S. 417 (418);
287) zitiert in LZ vom 17.10.1974 S. 1,4;
288) Droste, Anm. zum U. des BGH v. 17.9.1969, a.a.O. S. 35; vgl. Kraft, "Unlauterer Wettbewerb..", a.a.O. S. 83, 85; Reimer, Lockvogelwerbung.. a.a.O. S. 568 (573);

Der Einstandspreis spielt dabei nur eine relative Rolle. Dem Kunden muß verdeutlicht werden, daß bei den besonders angepriesenen Waren die Preise erheblich unter denen der Mitbewerber liegen. Die Gewinnspanne ist bei Markenartikeln nach Wegfall der Preisbindung ebenso wie bei sonstigen Artikeln des täglichen Lebens, deren Preise für den Verbraucher geläufig sind, unterschiedlich. Um sich deshalb vom Mitbewerber, der diese Ware zwar billig, aber immerhin noch mit Gewinn anbietet, möglichst deutlich abheben zu können, ist es oftmals erforderlich, die Ware ganz ohne Gewinn oder sogar unter Einstandspreis zu verkaufen. Eine Täuschung ist zwar auch bei Waren, die zum oder oberhalb des Einstandspreises angeboten werden, denkbar. Aber bei einem Angebot unter Einstandspreis wird auf jeden Fall das von der Rechtsprechung aufgestellte Erfordernis erfüllt, die Waren müßten für das Publikum "auffallend preisgünstig und ins Auge fallend"²⁹⁰⁾ angeboten werden.

Bejaht man grundsätzlich die Möglichkeit, der Verbraucher werde von einem solchen Angebot noch auf die Preisbemessung des übrigen Sortiments schließen, so ist als nächstes die Untersuchung anzustellen, welche konkreten Vorstellung er dabei entwickelt.

Wenn der Preis dieser Waren so niedrig ist, daß der Verbraucher die Unterschreitung des Einstandspreises erkennen muß, dann kann eine Verbrauchervorstellung, auch das übrige Angebot sei so günstig kalkuliert, nicht als schutzwürdig angesehen werden. Jeder durchschnittliche Verbraucher weiß, daß nicht ein gesamtes Sortiment zu solchen Bedingungen angeboten werden kann.²⁹¹⁾

²⁹⁰⁾ BGH U. v. 17.9.1969 GRUR 70, 33(34) "Lockvogel";
²⁹¹⁾ Kraft, "Unlauterer Wettbewerb.." a.a.O. S. 83 (86)
OLG Bremen WRP 70, 314 (315); LG München WRP 72
488 (490);

Dieser Sachverhalt wird allerdings nur selten gegeben sein.

Bei den sonstigen Billigergeboten sind durchaus mehrere Schlußfolgerungen des Käufers denkbar. Diese verschiedenen Möglichkeiten sind deshalb rechtlich von Bedeutung, weil, um die Gefahr einer Irreführung bejagen zu können, ja noch geprüft werden muß, ob sich die tatsächliche Preisgestaltung des Sortiments mit dem Eindruck deckt, den die Werbung hervorruft.

Der Käufer kann einmal den Eindruck gewinnen, die anderen Waren seien im gleichen Verhältnis oder annähernd so günstig kalkuliert.²⁹²⁾ Ebenso gut kann der Verbraucher aber auch nur annehmen, das übrige Sortiment liege preislich unter den üblichen Einzelhandelspreisen.²⁹³⁾

In den bislang vorliegenden Urteilen hat man sich die Mühe solch differenzierender Überlegungen nicht gemacht. Zu Recht weist Weber ²⁹⁴⁾ darauf hin, Formulierungen wie, dem Verbraucher dränge sich die Vorstellung auf, auch das übrige Angebot sei "besonders preisgünstig"²⁹⁵⁾, seien als Beurteilungsgrundlage viel zu unbestimmt.

-
- 292) Kraft, "Unlauterer Wettbewerb." a.a.O. S. 83 (85)
OLG Hamburg WRP 70, 441 (443); OLG Karlsruhe WRP 72, 363 (364); OLG Koblenz WRP 72, 265 (266); LG Mainz WRP 71, 533 (539); LG Würzburg Beschl. v. 11.4.1974 Az. O 29/74H;
- 293) Kraft, "Unlauterer Wettbewerb." a.a.O. S. 83 (86)
BGR WRP 74, 264 (265) "Intermarkt";
- 294) a.a.O. S. 130 (131);
- 295) BGH GRUR 70, 33 (35) "Lockvogel";

Um eine Irreführung bejahren zu können, muß anschließend ja noch untersucht werden, ob die übrigen Waren entsprechend der jeweiligen Verbrauchervorstellung tatsächlich gleichgünstig kalkuliert oder billiger als im übrigen Einzelhandel zu haben sind. Zu Recht wirft Kraft²⁹⁶⁾ außerdem noch die Frage auf, ob die Vorstellung des Verbrauchers dahin geht, daß jede einzelne Ware des Sortiments preiswert im vorgenannten Sinn ist.²⁹⁷⁾ oder ob die Vorstellung nicht dahin geht, daß ein bestimmter Warenkorb oder das Gesamtsortiment im Durchschnitt diesem Preisniveau entspricht. Sollte der Verbraucher eine der zuletzt genannten Vorstellungen haben, so kann eine Untersuchung des Bundeskartellamtes im Berliner Einzelhandel im März 1973 nicht unerwähnt bleiben, die 60 Einzelhandelsunternehmen mit 78 Verkaufsstätten erfasste. Bei dieser ergab sich für einen Warenkorb aus 17 identischen Artikeln - ohne Lock- und Sonderangebote - ein Gesamtpreis von durchschnittlich DM 71,76 beim Lebensmittel-filialunternehmen, von DM 70,86 beim organisierten Lebensmittelfachhandel, von DM 69,48 beim Verbrauchermarkt und von DM 68,21 beim Diskountunternehmen.²⁹⁸⁾ Diejenigen Vertriebsstätten, die sich überwiegend der "Lockvogel"-Werbung bedienen, liegen also in ihrem durchschnittlichen Gesamtpreis tatsächlich unter dem Einzel-fachhandel.

296) Kraft, "Unlauterer Wettbewerb..." a.a.O. 8 (86)
297) so offensichtlich BGH WRP 71, 125 (126)
"Discountgeschäft";
298) BKartA, Presseinformation 23/73 v. 11.4.1973
zitiert bei Kraft, "Unlauterer Wettbewerb."
a.a.O. S. 33 Fußn. 4;

Deshalt wäre es sehr sinnvoll, anhand einer demoskopischen Untersuchung einmal zu erfahren, welchen Schluß andere Verbraucher als die urteilenden Richter selbst aus einem solchen, nicht als "Sonderangebot" gekennzeichneten Billigangebot ziehen. Die bisher vorliegenden Untersuchungen des Instituts für Demoskopie Allensbach geben dafür nichts her. Einmal beziehen sie sich ausdrücklich auf "Sonderangebote". Zum anderen lautet die Fragestellung viel zu allgemein, ob der Befragte meint, in einem Geschäft mit Sonderangeboten "auch sonst günstig" einkaufen zu können.

Meinungsumfragen zur Ermittlung der Auffassung der Letztverbraucher sind nicht nur im Warenzeichenrecht, sondern auch im Wettbewerbsrecht gerade im Zusammenhang einer möglichen Irreführung von der Rechtsprechung seit langem als zulässiges und geeignetes Beweismittel anerkannt worden.²⁹⁹⁾

Wenn auch die Frage, ob eine Angabe irreführend ist, letztlich nur im Wege einer wertenden Beurteilung entschieden werden kann, so wäre ein eindeutiger soziologischer Befund noch eine wichtige Entscheidungshilfe.

Den Überlegungen, welche Vorstellungen des Verbrauchers überhaupt Schutz vor Irreführung verdienen, läge dann wenigstens die Erkenntnis zugrunde, daß und in welchem Umfang entsprechende Vorstellungen überhaupt vorhanden sind.

²⁹⁹⁾ BGH GRUR 63, 270/273 "Bärenfang"; BGH GRUR 67, 100 (102) "Edeka-Schloß-Export"; Sauberschwarz, a.a.O. S. 46 ff. m.w.N.; Zweifel am Wert demoskop. Gutachten bei vom Stein, a.a.O. S. 332;

Deshalb wäre es sehr sinnvoll, anhand einer demoskopischen Untersuchung einmal zu erfahren, welchen Schluß andere Verbraucher als die urteilenden Richter selbst aus einem solchen, nicht als "Sonderangebot" gekennzeichneten Billigangebot ziehen. Die bisher vorliegenden Untersuchungen des Instituts für Demoskopie Allensbach geben dafür nichts her. Einmal beziehen sie sich ausdrücklich auf "Sonderangebote". Zum anderen lautet die Fragestellung viel zu allgemein, ob der Befragte meint, in einem Geschäft mit Sonderangeboten "auch sonst günstig" einkaufen zu können.

Meinungsumfragen zur Ermittlung der Auffassung der Letztverbraucher sind nicht nur im Warenzeichenrecht, sondern auch im Wettbewerbsrecht gerade im Zusammenhang einer möglichen Irreführung von der Rechtsprechung seit langem als zulässiges und geeignetes Beweismittel anerkannt worden.²⁹⁹⁾

Wenn auch die Frage, ob eine Angabe irreführend ist, letztlich nur im Wege einer wertenden Beurteilung entschieden werden kann, so wäre ein eindeutiger soziologischer Befund noch eine wichtige Entscheidungshilfe.

Den Überlegungen, welche Vorstellungen des Verbrauchers überhaupt Schutz vor Irreführung verdienen, läge dann wenigstens die Erkenntnis zugrunde, daß und in welchem Umfang entsprechende Vorstellungen überhaupt vorhanden sind.

299) BGH GRUR 63, 270/273 "Bärenfang"; BGH GRUR 67, 100 (102) "Edeka-Schloß-Export"; Sauberschwarz, a.a.O. S. 46 ff. m.w.N.; Zweifel am Wert demosk. Gutachten bei vom Stein, a.a.O. S. 332;

nicht, daß diese Waren ganz offensichtlich unter Einstandspreis angeboten werden oder daß es sich um ein "Sonderangebot" handelt, so wird man mit der Rechtsprechung darin übereinstimmen können, er werde annehmen, das übrige Sortiment sei in seinem Durchschnitt "ebenso" oder "ähnlich" preisgünstig.

Dies kann natürlich nicht der Fall sein, weil kein Kaufmann sein gesamtes Sortiment unter Einstandspreis anbieten wird. Zu Recht wird deshalb in einem solchen Fall die Eignung zur Irreführung eines solchen Angebotes angenommen.

c) Die Kennzeichnung als "Sonderangebot"

Es kommt daher darauf an, wie die Werbung beschaffen sein muß, damit die angesprochenen Verkehrskreise das Angebot als "Sonderangebot" erkennen können. Für den Verbraucher muß ersichtlich sein, daß sich das Angebot wegen seiner besonderen Preiswürdigkeit in Relation zur Qualität vom übrigen Angebot deutlich abhebt. Ob dies der Fall ist, wird in Einzelfällen schwierig zu beurteilen sein. Eine ausdrückliche Kennzeichnung als "Sonderangebot" ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn nach der Aufmachung der Werbeanzeige nach dem Eindruck eines unbefangenen, unkritischen Beobachters der die Werbeanzeige oberflächlich liest,³⁰²⁾ ein aus dem übrigen Angebot herausfallendes, nicht repräsentatives Angebot vorliegt. Der Eindruck

302)

BGH GRUR 74, 729 (731) "Sweepstake";

des "Verkaufsschlagers" kann beispielsweise durch die Eigenschaft der Ware selbst, leichte Verderblichkeit, erweckt werden.³⁰³⁾

Die Erkennbarkeit kann sich aber auch aus einer besonderen Umrahmung des Angebots³⁰⁴⁾

oder aus einer Mengenbegrenzung oder Abgabebeschränkung ergeben, wenn diese ebenso wie das Angebot selbst im Blickfang stehen.³⁰⁵⁾

Auch Zusätze wie "solange Vorrat reicht"

oder "größerer Posten" können geeignet sein, das Angebot als "Sonderangebot"

zu kennzeichnen,³⁰⁶⁾ wenn sie ebenfalls im Blickfang stehen.

Vollständige und endgültige Feststellungen hierzu lassen sich angesichts des Einfallreichturns der Werbung nicht treffen. Es

kommt auf die besonderen Umstände des Einzelfalls, wie die Art des Geschäfts, die

Präsentation der Ware und den Zusammenhang mit weiteren Werbeslogans an. Dabei

sind auch Überschriften wie "A... bricht

die Preise !" und "Preisbrecher" allein

nicht geeignet, einzelnen, noch besonders

gekennzeichneten Angeboten die Eigenschaft

als "Sonderangebot" zu nehmen.

303) BGH WRP 74, 264 (265) "Intermarkt";

304) OLG Koblenz U. vom 14.6.1974 Az. U. 257/74;

305) OLG Hamburg WRP 70, 441 (442); OLG Karlsruhe WRP 72, 263 (264); OLG Karlsruhe WRP 73, 170 (171);

306) OLG Bremen WRP 70, 314, 315;

d) Täuschung auch durch Sonderangebote ?

Auch wenn ein unter Einstandspreis er-
folgendes Angebot als "Sonderangebot" er-
kennbar ist, so fragt sich, ob nicht auch
dadurch noch ein nicht unerheblicher Teil
der Verbraucher über die Preisbemessung
des übrigen Angebots irregeführt werden
kann.

aa) Meinungsstand

Wie dargelegt, gehen Rechtsprechung und
herrschende Meinung im Schrifttum davon
aus, daß die Endabnehmer aus der Preis-
würdigkeit eines erkennbaren Sonderange-
bots nicht ohne weiteres eine gleiche
Preiswürdigkeit des gesamten Sortiments
folgern. Es wird dem Verbraucher unter-
stellt, dieser nehme auf Grund seiner Er-
fahrung an, den beim Sonderangebot möglicher-
weise entstehenden Verlust gleiche der Händ-
ler durch Mischkalkulation bei anderen
Waren aus.³⁰⁸⁾

Andere hingegen gehen davon aus, auch bei
einem Angebot von Waren unter Einstands-
preis als "Sonderangebot" bestehe die Ge-
fahr, der Kunde schließe auch hieraus auf³⁰⁹
eine Preiswürdigkeit des gesamten Sortiments.
Auch der Bundesgerichtshof scheint die Mög-
lichkeit einer Täuschung durch Sonder-
angebote nicht ausschließen zu wollen, wenn
er ausführt:

³⁰⁸⁾ LG Hannover WRP 73, 551 (553); LG München
WRP 72, 488 (490); OLG Karlsruhe WRP 72,
263 (264); WRP 73, 170 (171);
³⁰⁹⁾ Gaedertz, Anm. z. U. des BGH v. 21.12.1973
a.a.O. S. 265 (266); Markenverband, "Marken-
artikelangebote..." a.a.O. S. 40(41); Martino,
"Das Lockvogelurteil..." a.a.O. S. 594(598);
Samwer, a. a.O. S. 328 (329); Schmitz-Hang-
bers, a.a.O. S. 346 (350);

"Je deutlicher der Kunde.....erkennt,
daß es sich um ein aus dem übrigen
Sortiment herausfallendes Sonderangebot
handelt, desto geringer wird naturge-
mäß die Gefahr, daß er von diesem Son-
derangebot fälschlich auf die Preiswür-
digkeit des gesamten Sortiments schließt.³¹⁰⁾

Außerdem hat die 1968 und jetzt vor kurzem
durchgeführte Erhebung des Instituts für
Demoskopie Allensbach ergeben, daß ursprüng-
lich 46%, heute immerhin noch 29% der End-
verbraucher der Meinung sind, in einem Ge-
schäft, das Sonderangebote anbietet, auch
sonst günstig einkaufen zu können.³¹¹⁾ Dies
zeigt, daß nicht einmal der vom Bundesge-
richtshof empfohlene Weg einer Werbung
mit erkennbaren Sonderangeboten die Gefahr
einer Irreführung vollständig ausschließt.³¹²⁾

bb) Entscheidung durch Interessenabwägung

An der Zulässigkeit von Sonderangeboten
sollte die Neufassung des § 3 UWG nichts
ändern.³¹³⁾

Nicht selten verbindet ein Teil der Ver-
braucher mit einer rechtlich zulässigen
Bezeichnung falsche Vorstellungen.

-
- 310) BGH U. v. 17. September 1969, GRUR 70, 33(34)
"Lockvogel";
311) Geiger, a.a.O. S. 417(418); LZ v. 17.10.1974
S. 1,4;
312) Reimer, "Lockvogelwerbung"...a.a.O. S. 568 (573)
Vetter, a.a.O. S. 13;
313) BT-Drucksache V/4035 a.a.O. S. 338(339);

Eine Entscheidung darüber, ob in einem solchen Fall ein "rechtlich beachtlicher" Teil der Verbraucher getäuscht wird oder ob ein Rest an Irreführungsgefahr hinzunehmen ist, kann dann im Rahmen des § 3 UWG nur durch eine Interessenabwägung entschieden werden.³¹⁴⁾

So hat beispielsweise die Rechtsprechung wiederholt erst nach einer Interessenabwägung festgestellt, daß der Gebrauch einer gesetzlichen Bezeichnung auch dann zulässig ist, wenn ein nicht unerheblicher Teil der betroffenen Verkehrskreise die Bezeichnung in einem anderen als dem gesetzlich festgelegten Sinn versteht oder eine klare Vorstellung von dem Begriffsinhalt überhaupt nicht hat.³¹⁵⁾

Also kann nicht jede Verbrauchervorstellung im Rahmen des § 3 UWG als "schutzwürdig" angesehen werden.³¹⁶⁾ Ein Verstoß gegen § 3 UWG ist bei unterschiedlichen Verbrauchervorstellungen in solchen Fällen dann nicht anzunehmen wenn die Interessenabwägung ergibt, die ein oder andere Fehlvorstellung eines Teils der Verbraucher ist weniger schutzwürdig, als die Interessen der Beteiligten am Gebrauch dieser Bezeichnung.³¹⁴⁾

-
- 314) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 36, § 3 Rdz. 36; Ulmer, "Das Recht.." Bd. III S. 401; Reimer "Lockvogelwerbung." a.a.O. S. 562 (573); Tetzner "Interessenabwägung." a.a.O. S. 605 ff.;
- 315) BGH GRUR 63, 36 (38) "Fichtennadelextrakt"; EGH GRUR 65, 96 (98) "20% unter Richtpreis"; BGH GRUR 67, 30 (32) "Rumverschnitt"; BGH GRUR 71, 313 (315) "Bocksbeutelflasche";
- 316) EGH GRUR 61, 361 (362) "Eautleim"; BGH GRUR 63, 36 (39) "Fichtennadelextrakt";

Bietet ein Händler Waren in der Form an, wie es § 1, Abs. 2 der Anordnung betreffend Sonderveranstaltungen erfordert, so kann es ihm nicht verwehrt sein, diese Artikel auch unter dem vom Gesetz gebrauchten Begriff "Sonderangebot" anzubieten. Der Gebrauch einer gesetzlich zulässigen Bezeichnung muß, wenn gesetzlich vorgeschriebene Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, auch dann zulässig sein, wenn ein Teil der Verbraucher mit diesem Begriff unzutreffende oder weitergehende Vorstellungen verbindet.

Läßt man einmal den Gesichtspunkt, daß ein Rest von Irreführungsgefahr wegen des zulässigen Gebrauchs einer gesetzlich vorgesehenen Bezeichnung hinzunehmen ist, außer Betracht, so rechtfertigt sich dieses Ergebnis auch noch aus einer anderen Erwägung. Macht der Händler ein aus seinem übrigen Angebot herausfallendes besonderes Angebot, so liegt in diesem "Sonderangebot" eine Angabe, die objektiv richtig ist, aber vom Verkehr teilweise falsch verstanden werden kann.

Für einen solchen Fall hat der BGH in seinem Urteil vom 26.4.1974 ³¹⁷⁾ ausgeführt:

" Zwar kann auch dann ein Verstoß gegen § 3 UWG vorliegen, wenn eine objektiv richtige Angabe vom Verkehr falsch verstanden wird. Doch ist es in einem solchen Fall in besonderem Maße geboten, eine

³¹⁷⁾ WRP 74, 487 (489) "Germany"; vgl. auch BGH GRUR 73, 201 (203) "Trollinger";

Interessenabwägung vorzunehmen und die Auswirkungen eines Verbotes der Bezeichnung auf schutzwürdige Interessen anderer Marktbeteiligter in die Erwägungen einzubeziehen. Eine solche Abwägung kann dazu führen, eine Täuschungsgefahr, der nur ein Teil der betroffenen Verkehrskreise unterliegt, als rechtlich unerheblich zu vernachlässigen."

Eine solche Interessenabwägung ergibt hier folgendes. Die Verbraucher haben sowohl ein Interesse daran, von "Sonderangeboten" Kenntnis zu erlangen, als auch ein Interesse, nicht irreführt zu werden. Der Kaufmann hat ein schutzwürdiges Interesse daran, dem Publikum seine "Sonderangebote" bekannt zu machen. Sonderangebote werden von 62 v.H. der Hausfrauen gezielt außerhalb ihres Stammgeschäfts gekauft.³¹⁸⁾ Das Interesse des Publikums an dem Einkauf besonders günstiger Sonderangebote ist gerade in Zeiten von Preissteigerung und Geldentwertung höher zu veranschlagen, als die teilweise vorhandene Gefahr einer Falschinterpretation des Sonderangebots. Diese Wertung folgt auch aus der Entscheidung des Gesetzgebers in § 1 Abs. 2 der Anordnung, wonach Sonderangebote zulässig sind und deshalb auch der Hinweis auf diese zulässig sein muß. Weiterhin folgt dies daraus, daß der Werbende diese Fehlvorstellung nicht selbst verursacht hat, sondern durch Kennzeichnung seines Angebots als Besonderheit alles ihm zumutbare getan hat, Fehlvorstellungen zu verhindern.³¹⁹⁾

³¹⁸⁾ LZ v. 17.10.1974, S. 1,4;

³¹⁹⁾ Kraft, "Unlauterer." a.a.O. S. 83 ff.;
Reimer, "Lockvogelwerbung." a.a.O. S. 568 (573).

cc) Ergebnis

Nur auch ein Teil der Verbraucher vom Sonderangebot auf das Gesamtsortiment schließen, so ergibt die auch hier im Rahmen des § 3 UWG erforderliche Interessenabwägung, daß ein Sonderangebot unter Einstandspreis nicht gegen § 3 UWG verstößt. Diese irrige Verbrauchervorstellung ist weit weniger schutzwürdig, als das Interesse des Anbieters und der übrigen Verbraucher an dem Herausstellen von Sonderangeboten. Ein Rest an Irreführungsgefahr bei einigen Verbrauchern, die irrig falsche Vorstellungen mit dem Sonderangebot verbinden, muß dabei hingenommen werden.

4) Täuschung durch "Preisschaukelei" ?

Durch eine Preisunterbietung kann eine Irreführung auch dadurch hervorgerufen werden, daß zunächst eine vom Publikum unbemerkte Preiserhöhung und nachfolgend eine übermäßige Preissenkung erfolgt.³²⁰⁾ Dies wird bei der Werbung mit dem Angebot einiger Waren unter Einstandspreis in der Regel nicht der Fall sein. Eine unzulässige Preisschaukelei soll darüber hinaus auch dann vorliegen, wenn in "Sonderangeboten" der Preis von Waren, ohne daß dafür nach der Marktlage ein "sachlicher Grund" besteht, willkürlich kurzfristig herab und wiederherab gesetzt wird, wodurch der Eindruck zeitlich begrenzter Zeitvorteile erweckt werde.³²¹⁾

In diesem Zusammenhang wird auf ein Urteil des BGH verwiesen, in dem ausgeführt

³²⁰⁾ RGZ 72, 194 (196); Rosenthal, WR § 1 Rdz. 165;

³²¹⁾ Baumbach-Hefermehl, § 3, Rdz. 270 Anh. II,

wird,³²²⁾ ein den Kunden irreführendes Element könne der stete und in verhältnismäßig kurzen Abständen eintretende, für keinen Kunden überschaubare Wechsel von niedrigen und höheren Preisen sein, der den Kunden zum sofortigen Kauf und eventuell zum Vorratskauf anlocke. Sieht man sich den diesem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt an, so ergibt sich, daß es sich dabei um einen Sonderfall handelt, der von der üblichen Werbung des Angebots einiger Waren unter Einstandspreis zu unterscheiden ist. In jenem Fall hatte eine Kosmetikfirma bei Hausbesuchen den Kunden Verkaufsbroschüren vorgelegt. In diesen war teilweise neben einem "Einführungspreis" der Zusatz angebracht "später.....DM". Eine weitere Zahl der Produkte hatte den Zusatz "günstig" oder "günstig nur". Auch beim Angebot von Waren unter Einstandspreis als "Sonderangebot" hat die Ware im Verkauf zuvor einen höheren Preis und wird ihn nach Abschluß dieser Aktion auch wieder haben.

Es ist aber gerade das Typische bei Sonderangeboten, daß auch für den Verbraucher erkennbar eine kurzfristige besonders günstige Einkaufsmöglichkeit vorliegt. Eine Gegenüberstellung des jetzigen mit dem späteren Preis, etwa in der Form "Einführungspreis" oder mit dem Zusatz "später....DM" wird bei der Werbung mit Sonderangeboten kaum vorkommen. Erwägungen, eine Werbung mit Sonderangeboten deswegen für unzulässig zu erklären, weil deren Preise "willkürlich" (?) und "ohne daß dafür nach der Marktlage ein sachlicher Grund besteht"³²³⁾ sind im Rahmen der

322) GRUR 74, 341 (342, 343) "Campagne";
323) Baumbach-Hefermehl, § 3 Rdz. 270, Anh. II,

§§ 1, 3 UWG - wie später noch auszuführen sein wird - verfehlt. Es ist nicht Aufgabe des Richters festzustellen, ob nach der Marktlage ein "sachlicher Grund" besteht, Preise herabzusetzen. Noch steht es ihm zu, zu beurteilen, ob bei Sonderangeboten der Preis "willkürlich" besonders niedrig festgesetzt ist.

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß Sonderangebote unter Einstandspreis mit dem Gesichtspunkt der "Preisschaukelai" in der Regel nicht erfaßt werden können.³²⁴⁾

III. Angebot unter Einstandspreis

1. Ein psychologischer Kaufzwang ?

a) Allgemeines zum psychologischen Kaufzwang.

Fraglich ist, ob das Angebot unter Einstandspreis deswegen per se unzulässig ist, weil es notwendig einen unzulässig starken psychologischen Zwang zum Kauf ausübt.

Fast jede Werbung arbeitet mit einer psychologischen Einflußnahme auf den Kunden.³²⁵⁾

Nicht jede Beeinflussung ist verwerflich. Ein unzulässiger psychologischer Kaufzwang kann nur dann angenommen werden, wenn die Einflußnahme auf die Willensentschließung des Umworbenen so stark ist, daß er in der Situation, in die er gestellt ist, sich erfahrungsgemäß nicht anders verhalten kann, als zu kaufen. Das ist der Fall, wenn die Kunden aus Dankbarkeit oder anstandshalber, um sich nicht außerhalb der gesellschaftlichen Regeln zu stellen, meinen, sich für das

³²⁴⁾ Kraft, "Unlauterer Wettbewerb.." a.a.O. S. 83,
^{87;}

³²⁵⁾ Reimer, 32. Kap. Rdz. 3.

Angebot des Anbieters entscheiden zu müssen.

Eine besondere Rolle spielt dieser rechtliche Gesichtspunkt im Zusammenhang mit der Verlosung zu Werbezwecken. Teilnahmeberechtigungsscheine für Preisausschreiben dürfen nicht nur innerhalb der Ladenlokale ausgeteilt werden, weil dann viele Kunden dem Verkaufspersonal und den anderen anwesenden Kunden gegenüber nicht offenkundig lassen werden wollen, daß sie das Geschäft nur dieser Teilnahmeberechtigung wegen betreten haben. Um diesen Eindruck zu vermeiden, kaufen sie anstandshalber auch Gegenstände, die sie sonst nicht gekauft hätten. Diese Einflußnahme auf die Kaufentscheidung ist unlauter, weil sich der Kunde moralisch oder psychologisch gezwungen sieht, zusätzlich etwas zu kaufen.³²⁷⁾

b) Die Sachlage beim Kauf von Waren unter Einstandspreis

Es wird vorgebracht, auch beim Kauf von Waren, die unterhalb des Einstandspreises angeboten werden, sei der Kunde in einer ähnlichen Situation. Der Durchschnittskäufer empfinde eine Scheu davor, den Laden eines Kaufmanns nur zu betreten, um diese billigen Waren zu kaufen. Deshalb werde er in der Regel noch etwas anderes kaufen und sich so den Anschein geben, als kaufe er nur bei der Gelegenheit des gleichzeitigen Einkaufs anderer Artikel auch den Lockartikel.

-
- 326) Baumbach-Hefermehl, § 1, Rdz. 39, 100; Bülow, a.a.O. S. 254 ff.; Meyer-Cording, a.a.O. S. 310 (313); BGH GRUR 59, 544 (546) "Modenschau" BGH GRUR 71, 223 (224) "clix-Mann"; BGH GRUR 72, 603 (604) "Kunden-Einzelbeförderung";
- 327) BGH GRUR 67, 203 (203) "Gratisverlosung"; BGH GRUR 72, 367 (368) "Besichtigungsreise"; BGH WRP 73, 152 (154) "mon-chéri"; OLG Düsseldorf WRP 74, 207 (208); KG WRP 70, 26;

Da der Kunde gezwungen sei, "anstandshalber" auch andere Ware zu kaufen, so liege auch hier ein psychologischer oder moralischer Kaufzwang vor.³²⁸⁾

Dieser rechtlichen Beurteilung kann jedoch nicht gefolgt werden. Der normale Anlaß zum Betreten von Geschäftslokalen ist die Besichtigung und der Einkauf von Waren. Bei Teilnahmeberechtigungen für Verlosungen holt sich der Interessent eine - kostenlose - Gewinnchance ab, was außerhalb des sonst üblichen Geschäftsverkehrs liegt und beim Verkaufspersonal und den übrigen Kunden größere Aufmerksamkeit erweckt, als der bloße Einkauf einiger besonders günstig angebotener Waren. Auch hier nimmt der Käufer nur ein übliches Kaufgeschäft vor, bei dem es in keiner Weise auffällt, wenn er nur mit diesen besonders günstigen Waren zur Kasse geht. Anders, als wenn er nur ein Los abholt, muß es dem Käufer nicht peinlich sein, nur die besonders günstig angebotene Ware eingekauft zu haben.

Auch kann in einem solchen Fall kein Gefühl der Dankbarkeit unterstellt werden, das den Kunden veranlaßt, außerdem noch andere Waren zu kaufen. Selbst wenn der Kunde erkennt, daß dieses Angebot besonders günstig ist, so weiß er doch, daß dies nicht aus reinem Altruismus gegenüber dem Verbraucher geschieht, sondern zu Zwecken der Umsatzsteigerung oder zu

328)

Paul, "Lockvogelwerbung und..." WRP 68, 170;
Paul, "Lockvogelwerbung..." WRP 70, 104(11);

anderen Zwecken aus der Interessensphäre
des Kaufmanns.³²⁹⁾

Selbst wenn der Kunde ausnahmsweise erkennt,
der Kaufmann werde durch dieses An-
gebot ein Verlustgeschäft erleiden, kann
nicht davon ausgegangen werden, daß ein
rechtlich erheblicher Teil der Bevölkerung
ein "Anstandsgefühl" mit dem Inhalt hat,
auch teurere Waren kaufen zu müssen, um dem
Verkäufer zu einem angemessenen Gewinn zu
verhelfen. Vielmehr wird der Kunde diese
günstige Einkaufsmöglichkeit mit Selbstver-
ständlichkeit nutzen und, wie es bereits das
Reichsgericht formulierte,³³⁰⁾ etwaige Vor-
teile, die ihm durch Reklameveranstaltungen
angeboten werden, ohne besondere Scheu ent-
gegennehmen.

Wenn auch viele Kunden aus Anlaß des Einkaufs
dieser besonderen Angebote auch andere Waren
mitnehmen, dann ist dies nicht die Folge
eines moralischen oder psychologischen Zwangs
zum Kauf, sondern eine Folge der Bequemlich-
keit des Kunden. Dieser will selbstverständ-
lich seinen gesamten Bedarf decken und nicht
weitere Zeit, Kosten und Mühe dafür verwenden,
die Waren, deretwegen er ursprünglich nicht
hierher gekommen ist, noch in einem anderen
Geschäft einzukaufen. Zwar kann ein psycho-
logischer Kaufzwang auch durch die Ausnutzung
der Trägheit des Käufers ausgeübt werden.

329) OLG Düsseldorf WRP. 74, 343 (345);

330) RG JW 1931, 451 (453) "Gratisverlosung";

Dies kann der Fall sein, wenn der Verkäufer an den Kunden herantritt und ihn zum Abschluß eines Kaufvertrages auffordert. Manchmal kann die Ablehnung der Kaufsorderung dem Kunden lästig sein oder solche Mühe bereiten, daß er nur unter großer Überwindung dazu in der Lage ist. Eine solche Zwangslage wurde beispielsweise bei der Zusendung unbestellter Ware angenommen.³³¹⁾

Der "faktische Kaufzwang"³³²⁾, dem der Kunde unterliegt, will er nicht weitere Zeit und Kosten für den Einkauf verwenden, ist jedoch durch das Wettbewerbsrecht nicht erfassbar. Dieser "faktische Kaufzwang" ist keine Begleiterscheinung gerade des Angebots einiger Waren unter Einstandspreis. Aus welchen Gründen auch immer ein Kunde ein Geschäftslokal betreten hat, er wird oft bestrebt sein, seinen gesamten Bedarf in diesem Geschäft zu decken.

Das Angebot unter Einstandspreis schafft also keine typische oder besondere Gefahrenlage, die eine freie Willensentscheidung des Kunden ausschließt. Ein psychologischer Kaufzwang wird deshalb durch das Anbieten von Waren unter Einstandspreis in aller Regel nicht ausgeübt werden.³³³⁾

-
- 331) Baumbach-Mefermehl, § 1 Rdz. 56; Bülow, a.a.O. S. 254 (262); BGH GRUR 60, 382 (383) "Verbandsstoff"; BGH GRUR 68, 649 (651) "Rocroni-Ascher";
- 332) Kraft, "Unlauterer Wettbewerb." a.a.O. S. 83 (86);
- 333) Kraft, "Unlauterer Wettbewerb." a.a.O. S. 83 (86); LG Mainz, WRP 71, 538 (539);

2. Ein übertriebenes Anlocken ?

a) Grundsätzliches zum "übertriebenen Anlocken"

Es ist nicht nur eine Werbung durch Anpreisung der eigenen Waren oder Leistungen erlaubt. In gewissen Grenzen ist es zulässig, durch Anreiz-Effekt, insbesondere durch unentgeltliche Zuwendungen, die Aufmerksamkeit des Publikums auf das eigene Angebot zu richten. Ist auch die Beeinflussung des Publikums dahin, Kunde zu werden, das Ziel jeder Werbung, so ist das Anlocken jedoch dann übertrieben und damit unzulässig, wenn die unentgeltliche Zuwendung nicht mehr geringwertig, sondern nach ihrem Wert und ihrer Art geeignet ist, die angesprochenen Verkehrskreise so zu beeinflussen, daß diese ihre Entschliebung nicht mehr nach Qualität und Preis, sondern allein im Hinblick auf die unentgeltliche Zuwendung treffen.³³⁴⁾

b) Kein "übertriebenes" Anlocken beim Angebot unter Einstandspreis

Gaedertz meint, nach den vom Bundesgerichtshof in der "Mon-chéri"-Entscheidung³³⁵⁾ aufgestellten Grundsätzen müsse auch beim Angebot von Waren unter Einstandspreis ein übertriebenes Anlocken der Kunden vorliegen.

- 334) Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 56; BGH GRUR 59, 544 (546) "Modenschau"; GRUR 67, 254 (255) "Waschkugel" BGH GRUR 71, 162 (163) "Diagnose-Zentrum"; BGH GRUR 72, 367 (368) "Besichtigungsreise"; BGH GRUR 73, 418 (419) "Das Goldene A"; BGH GRUR 73, 591 (593) "Schatzjagd"; BGH GRUR 74, 56 (57) "Geld-Gewinnspiel"; BGH GRUR 74, 345 (346) "Geballtes Bunt" vgl. dazu auch Hoth, "Übertriebenes Anlocken..." a.a.O. S. 547 ff.;
- 335) BGH WRP 73, 152 (154);

Dies muß auch dann gelten, wenn diese Waren mehr oder weniger unterhalb des Einstandspreises angeboten werden. Das Anbieten von Waren unter Einstandspreis ist deshalb kein unzulässiges "übertriebenes Anlocken".³⁴⁰⁾

3. Eine persönliche und sachliche Herabsetzung des Mitbewerbers ?

Die Bezugnahme auf die Person oder Leistung eines bestimmten Mitbewerbers, um durch deren Herabsetzung den eigenen Absatz zu fördern, führt grundsätzlich zur Unlauterkeit einer solchen Wettbewerbshandlung.³⁴¹⁾

Es wird behauptet, in dem Anbieten von bekannten Artikeln unter Einstandspreis liege unverkennbar die werbepsychologische Aussage³⁴²⁾, die Mitbewerber böten zu überhöhten Preisen an, während die eigenen Preise auf Dauer tragbar seien und noch hinreichende Verdienstmöglichkeiten eröffneten.³⁴³⁾ Diese Aussage werde zwar nicht ausdrücklich gemacht. Ein Angebot unter Einstandspreis enthalte eine entsprechende Äußerung nach ihrem Sinngehalt aber mittelbar. Das Publikum werde "automatisch" den Schluß ziehen, daß der Händler, der diese Artikel zum höheren Preis verkauft, entweder übermäßige Gewinne macht oder weniger leisten kann.³⁴⁴⁾

³⁴⁰⁾ Baumbach, "Grenzen". a.a.O. S. 2(3); Degen, a.a.O. S. 137(150); Kohler, § 10; widersprüchlich Baumbach-Hefermehl, § 1, Rdz. 200 einerseits, § 3 Rdz. 270 andererseits; a.A. Gaedertz, WRP 74, 265(266); Hiersemann, a.a.O. S. 33(37);

³⁴¹⁾ Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 257, 358, 359; Kraft, "Interessen.", S. 255;

³⁴²⁾ Wegner, a.a.O. S. 141(144)

³⁴³⁾ Briner-Eidenbenz, a.a.O. S. 20/24; Rosenthal, "Preisschleudern". GRUR 1915, 32; Rosenthal, "Preisschleudern..." JW 1915, 227; vgl. auch OLG Koblenz WRP 71, 182(183);

³⁴⁴⁾ Briner-Eidenbenz, a.a.O. S. 20, 24; Wegner, a.a.O. S. 141(144);

Die Waren, auch wenn sie unter Einstandspreis angeboten werden, müssen vom Kunden gleichwohl gekauft werden. Selbst wenn er die Gewinnspanne und einen Teil des Einstandspreises nicht zu bezahlen braucht, so hat dieser dadurch nicht den Eindruck, die Ware "geschenkt" zu bekommen. Der Verzicht auf Gewinnerzielung mit dieser Ware ist kein Geschenk wie in den Fällen, in denen die Rechtsprechung ein übertriebenes Anlocken angenommen hat. Der Kunde wird durch die Möglichkeit billigen Einkaufs angelockt, nie aber durch die Erwartung etwas "geschenkt" zu erhalten.

Jede Preisunterbietung wirkt anlockend. Preisunterbietungen sind aber grundsätzlich zulässig. Mit einer Werbung in dieser Form macht der Anbieter zulässigerweise auf sein Angebot aufmerksam. Die Werbung mit dem Preis der Ware selbst entspricht außerdem gerade den Anforderungen des Leistungswettbewerbs, wonach Qualität und Preis ausschlaggebend sein sollen.

Der Käufer trifft den Entschluß zum Aufsuchen des Geschäfts allein wegen der Waren selbst und nicht wegen erhoffter Geldvorteile außerhalb des eigentlichen Kaufgeschäftes. Einem Kaufmann ist es deshalb nicht verwehrt, bestimmte Waren billiger anzubieten, um dadurch Kunden für die anderen Waren anzulocken.³³⁹⁾

³³⁹⁾ Degen, a.a.O. S. 137 (150);

Würden Waren als "Lockvogel" weit unter Einstandspreis angeboten, so sei dies eine zu mißbilligende Wertreklame, die den Käuferstrom in zu mißbilligender Weise lenke.³³⁶

Dem kann nicht gefolgt werden. Ein "übertriebenes" Anlocken wird dann angenommen, wenn entweder besondere zusätzliche Dienstleistungen, übermäßige Geschenke oder ein in Aussicht gestellter Gewinn³³⁷⁾ den Kunden veranlassen, das Geschäftslokal des damit Werbenden aufzusuchen. Maßgebend ist also die Stärke der vom Geschenkangebot ausgehenden Verlockung, ob die Wahl nicht mehr nach Qualität und Preiswürdigkeit getroffen wird, sondern vornehmlich danach, wie der Kunde in den Genuß eines Werbegeschenktes kommen kann.³³⁸⁾

³³⁶⁾ Ann. z. Urteil des BGH vom 21.12.1973, a.a.O. S. 265 (266); vgl. auch Rosenthal, Wettbewerbsrecht § 1, Rdz. 172;

³³⁷⁾ BGH WRP 73, 210(211) "Das goldene A"; BGH WRP 74, 21 (22) "Geld-Gewinnspiele"; BGH WRP 74, 23 (25) "Geballtes Bunt";

³³⁸⁾ BGH GRUR 71, 162 (163) "Diagnose-Zentrum" m. Ann. Knopp, a.a.O. S. 163(164); BGH GRUR 72, 367(369) "Besichtigungsreisen" m. Ann. Schade und Schramm, a.a.O. S. 369(370); Hoth, Ann. z. U. des BGH v. 26.1.1973 "Das goldene A" GRUR 73, 419(420); Borck, "Über das Verwerfliche..." S. 75, (79, 80);

Daß die umworbenen Verkehrskreise einem Angebot von Waren unter Einstands -
preiseine derartige Herabsetzung der Mit-
bewerber entnehmen, ist eine durch nichts
bewiesene Behauptung. Selbstverständlich
setzt das Publikum die Preise des Anbie-
ters in Relation zu denen der Konkurrenz.
Die Preisunterbietung ist, wie Burmann zu
Recht betont, ihrem Wesen nach konkurrenz-
bezogen, weil sie sich notwendigerweise
an den Preisen der Mitbewerber orientiert.³⁴⁵
Die Verbraucher wissen, daß gleiche Waren
zu unterschiedlichen Preisen angeboten
werden. Sie wissen weiterhin, die
Unkosten, Gewinnspannen und Einstandspreise
sind unterschiedlich. Es gibt also
für sie keinen feststehenden, "gerechten"
Preis, bei dessen Überschreitung jeder
andere "überteuert" anbietet oder "über-
mäßige" Gewinne macht.

In dem Unterbieten - auch des Einstands-
preises - liegt nicht die Behauptung, die
Konkurrenz sei zu teuer und übervorteile
die Kunden.³⁴⁶⁾ Deshalb ist das Anbieten
von Waren unter Einstandspreis keine
Herabsetzung der Konkurrenz.

345) Burmann, "Leitfaden.."S. 1;

346) Fikentscher, "Die Preisunterbietung."a.a.O.
S. 205, Fußn. 42; Merkel, a.a.O. S.93;
OLG Hamburg MuW 1932, 36(37); RG MuW 1930,
114(115); RG MuW 1932, 448, 449; BGH GRUR
53, 37 (39);

5. Teil

Die schutzwürdigen Interessen beim Angebot unter Einstandspreis

Die im vorstehenden Kapitel angestellten Überlegungen haben gezeigt, daß nicht schon einzelne schwerwiegende rechtliche Gesichtspunkte das Angebot unter Einstandspreis per se sittenwidrig machen. Deshalb kann ein Urteil darüber, ob diese Wettbewerbshandlung gegen die guten Sitten verstößt, nur anhand einer umfassenden Interessenabwägung gefällt werden.

I. Die Interessen des Werbenden

Teil A

1. Absatzförderung von Waren, die schnell abgestoßen werden müssen

Manchmal ist es für den Kaufmann aus wirtschaftlichen Gründen dringend geboten, sich von Waren notfalls auch zu Verlustpreisen zu trennen. Dies kann bei Saisonartikeln, Modeartikeln, verderblichen Artikeln oder bei einer Änderung des Verbrauchergeschmacks der Fall sein. In diesem Fall muß dem Kaufmann die Befugnis zustehen, notfalls auch unter Einstandspreis die Ware abzugeben, um noch größere Verluste zu vermeiden. Da dies kaum bestritten wird, kann dieser Sachverhalt außer Betracht bleiben.

2. Die Mischkalkulation

Für eine erfolgreiche Geschäftsführung hat der Kaufmann bei seiner Preisgestaltung nicht nur den Preis des jeweils ausgezeichneten Artikels zu berücksichtigen. Er muß auch die Auswirkung auf den Umsatz anderer Waren in seine Überlegungen mit einbeziehen. Optimal ist nicht derjenige Preis, der bei der konkreten Ware den höchsten Gewinn verschafft, sondern der, der zu einem möglichst günstigen Betriebserlös bei-

trägt. Deshalb ist es auch kaufmännisch richtig, wenn bei einigen Waren auf Gewinnerzielung verzichtet wird, dadurch aber die Zahl der Kunden vermehrt und der Verkauf anderer Waren gesteigert wird. Derjenige kalkuliert richtig, der auf lange Sicht arbeitet. Dazu ist es oftmals erforderlich, zunächst zuzusetzen, beispielsweise durch kostspielige Reklame, die sich vielleicht aber durch späteren Gewinn bezahlt macht.³⁴⁷⁾

Deshalb wird allgemein eine Mischkalkulation bei der der Kaufmann einige Waren fast oder ganz ohne Gewinn anbietet, diesen Verlust beim Verkauf anderer Güter aber wieder ausgleicht, als zulässig angesehen.³⁴⁸⁾ Dabei soll es dem Kaufmann auch gestattet sein, Verluste aus dem Verkauf einiger Waren unterhalb der eigenen Kosten durch Gewinne aus anderen Bereichen auszugleichen.³⁴⁹⁾

3. Die Werbung

Der Anbieter nutzt beim Angebot unter Einstandspreis die für den Verbraucher auffallend günstigen Preise zu Werbezwecken. Insbesondere in Gebieten mit einer Überbesetzung des Handels muß, da das Warenange-

- ³⁴⁷⁾ Lutz, "Wettbewerbsregeln." a.a.O. S. 59 (50); Martino, "Lockvogelwerbung." a.a.O. S. 285 (286); Mellerowicz, "Die wirtschaftliche." a.a.O. S. 468 (470); Reinhardt, a.a.O. S. 468 (470);
³⁴⁸⁾ Baumbach, a.a.O. S. 2 (3); Baumbach-Hefemann, § 1 Rdz. 200, § 3 Rdz. 274; Harmsen, "§ 3 UWG als." a.a.O. S. 357 (362); Osel, a.a.O. S. 9; Rasch, a.a.O. S. 387 (394); Spengler/Weber, "Wettbewerb." S. 203; a.A. Böhm, a.a.O. S. 300; van Damm, a.a.O. S. 62; Merkel, a.a.O. S. 32; Benisch, a.a.O. S. 421;
³⁴⁹⁾ RG MuW 1935, 422 (424) "Maschinenputztuchwäscherei";

bot selbst gleichartig und zur Abhebung von der Konkurrenz daher nicht geeignet ist, der Kampf um den Kunden hauptsächlich mit dem Preis geführt werden. Selbstverständlich spielen auch Parkmöglichkeit, Ausstattung des Verkaufslokals, Bedienung und Nebenleistungen eine Rolle. Wie die erheblichen Aufwendungen für Annoncen erkennen lassen, ist die Werbung mit dem Preis einer Ware aber von ganz besonderer Bedeutung. Es ist deshalb ein maßgebliches Interesse des Werbenden, seine Preiswürdigkeit deutlich herauszustellen.³⁵⁰⁾ Das Anbieten unter Einstandspreis ist als besonders auffällige Preisunterbietung für den Kaufmann ein Mittel, seinen Marktanteil zu festigen oder auszuweiten.³⁵¹⁾ Das Angebot einiger Waren unter Einstandspreis ist daher ein bedeutsames Werbemittel um Kundschaft anzulocken.

4. Der Ausgleich von Standortnachteilen

Wie bereits in der Einführung dargelegt, ist diese Werbemaßnahme hauptsächlich bei Einkaufszentren und Verbrauchermärkten verbreitet. Diese liegen oftmals am Rande der Stadtzentren oder gar ganz außerhalb des Stadtgebietes. Bei solchen Anbietern kommt noch das Problem des Ausgleichs von Standortnachteilen hinzu. Solche Verkaufsstätten müssen dem Verbraucher einen besonderen Anreiz bieten, damit dieser Zeit und Kosten eines längeren Anmarschweges auf sich nimmt. Der Ausgleich solcher

³⁵⁰⁾ Kraft, "Unlauterer...." a.a.O. S. 83(85);
³⁵¹⁾ Ulmer-Reimer, "Unlauterer..." Bd. III Rz. 917;

Standortnachteile ist deshalb auch von der Rechtsprechung als zu berücksichtigendes Interesse anerkannt worden.³⁵²⁾

5. Die Weitergabe günstiger Einstandspreise

Verbrauchermärkte und Handelsketten kaufen beim Hersteller in großen Mengen ein. Als Großabnehmer erhalten sie dabei Umsatzboni, Mengenrabatte und Treuerabatte, durch die sich ihre Einstandspreise von denen kleinerer Einzelhandelsunternehmen deutlich abheben.³⁵³⁾ Wird dann dieser Einstandspreis auch noch unterschritten, erhalten diese Unternehmen naturgemäß einen beachtlichen Werbevorteil.

Auf der anderen Seite muß es einem kleinen Einzelhandelsgeschäft möglich sein, in den Preis eines solchen Konkurrenten einzutreten. Ein Großabnehmer kann zu niedrigen Preisen anbieten, die ihm gleichwohl noch einen Gewinn abwerfen, die aber für den kleineren Konkurrenten nur durch Unterschreitung des eigenen, höheren Einstandspreises gehalten werden können. Deshalb kann das Angebot unter Einstandspreis auch aus dem Interesse heraus erfolgen, mit den Preisen der Konkurrenz gleichzuziehen.³⁵⁴⁾

-
- 352) BGH GRUR 72, 364(365) "Mehrwert-Fahrten";
BGH GRUR 71, 322 (323) "Lichdi-Center"
353) Mellerowicz, "Die wirtschaftliche." a.a.O. S. 43(48) erwähnt einen Beispielsfall um 10 v.H. bei Markenschokolade;
354) Lutz, "Wettbewerbsregeln." a.a.O. S. 49(56);
Weber, a.a.O. S. 130(132);

Teil B

Die Schutzwürdigkeit dieser Interessen

Aus unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung, insbesondere dem GWB, den Grundrechten und dem Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (§ 823 BGB) folgt, daß diese eben aufgezeigten Interessen grundsätzlich durch die Rechtsordnung geschützt sind. Die Wertmaßstäbe der Grundrechte kommen über die Generalklauseln, also auch über § 1 UWG zur Geltung.³⁵⁵⁾ Im Zusammenhang mit dem Schutz der freien wirtschaftlichen Betätigung des Einzelnen werden im wesentlichen die Artikel 2, 5, 12 und 14 GG genannt.³⁵⁶⁾

Zur Freiheit der Berufsausübung nach Art. 12 GG gehört sowohl die Preisgestaltung nach eigener Verantwortung,³⁵⁷⁾ als auch das Recht auf Werbung für das eigene Unternehmen.³⁵⁸⁾ Zum "Eigentum" des Art. 14 GG und § 823 BGB gehört der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb, zu dem wiederum geschäftliche Beziehungen, der Kundenstamm, der gesamte werbliche Tätigkeitskreis, der Kontakt nach außen und die werbende und anziehende Kommunikation mit dem Verkehr zu zählen sind.³⁵⁹⁾

355) BVerfG 7,198 (Lüth); Baumbach-Refernehl, Allg. Rdz. 44;

356) Baumbach-Refernehl, Allg. Rdz. 44;

357) BGHZ 28,54(60) "Direktverkäufe";

358) BVerfG NJW 73,573 "Grabsteinaufträge"; BGH WRP 57, 134(136) "Suwa"; Eichmann, "Die vergleichende..." S. 69; Burmann, "Systematik..." a.a.O. S. 262(264);

359) BGHZ 23,157(162,163); BGHZ 45,150(155); BGHZ 48,65(66); BGH NJW 58,293(294);

Der Schutz der werblichen Betätigung nach Art. 2 GG³⁶⁰⁾ wird kaum eine Rolle spielen, weil dieses Grundrecht zumeist hinter die Grundrechte Art. 12, 14 GG zurücktreten wird.³⁶¹⁾ Ob das Recht der werblichen Aussagefreiheit auch nach Art. 5 GG geschützt ist, ist umstritten. Überwiegend wird dies abgelehnt, da die Wirtschaftswerbung nicht Meinungsäußerung sei, sondern lediglich Beeinflussung des Kunden mit dem Ziel, ihn kaufbereit zu machen.³⁶²⁾ Diese Frage soll hier offen bleiben, da sich gezeigt hat, daß die Interessen des Werbenden nach der Rechtsordnung ohnehin geschützt sind.

II. Die Interessen der Mitbewerber

Teil A

1. Einbußen

Nur bei Großbetrieben mit breitem Sortiment und hoher Umsatzgeschwindigkeit der übrigen Artikel kann eine Kompensation der Verlustkalkulation eintreten. Bei Fachgeschäften des Einzelhandels fehlt zumeist wegen des geringeren Umfangs des Sortiments die Möglichkeit eines kalkulatorischen Ausgleichs.³⁶³⁾ Bei kleinen Geschäften muß wegen des geringeren Sortiments und des geringeren Umsatzes der Verkauf jeder Ware zur Deckung der Unkosten beitragen. Da sich kleinere Unternehmen obiger Preispolitik kaum anschließen können,

³⁶⁰⁾ Hamann, a.a.O. S. 86;

³⁶¹⁾ BVerfG NJW 71, 1255(1261); BVerfG NJW 75, 31;

³⁶²⁾ BGHST 5, 12(22); BGHST 8, 360(379); BVerwG 2, 172 (178); a.A. Burmann, "Systematik..." a.a.O. S. 262(264);

³⁶³⁾ Kellierowicz, "Die wirtschaftliche..." a.a.O. S. 43(50);

widerspricht eine Werbung mit dem Angebot einiger Waren unter Einstandspreis den Interessen des mittelständigen Einzelhandels.³⁶⁴⁾

Dieser kann den anderwärts so günstig angebotenen Artikel vielleicht kaum noch absetzen und muß ihn aus dem Sortiment nehmen.³⁶⁵⁾

Eine weitere Umsatzeinbuße kann dadurch eintreten, daß Stammkunden oder sonstige potentielle Käufer in das mit Niedrigstpreisen werbende Konkurrenzunternehmen gelockt werden.

2. Marktverdrängung

Nicht nur Umsatzeinbuße kann die Folge des Anbietens einiger Waren unter Einstandspreis sein. Diese Werbemaßnahme kann insbesondere die Unternehmen, deren Existenz auf dem Verkauf der angebotenen Artikel beruht, so behindern, daß sie schließlich vom Markt verdrängt werden.³⁶⁶⁾ Als Beispiel wird ein Supermarkt genannt, der lange Zeit Milch und Butter unter Einstandspreis anbietet und dadurch Milchgeschäften ihre Absatzmöglichkeit nimmt, weil diese ihre Ware nicht mehr zuzüglich der für ihre Existenz notwendigen Gewinnspanne verkaufen können.³⁶⁷⁾

364) Martino, "Lockvogelwerbung.."a.a.O.S.285(287);

365) Messing, a.a.O. S. 253 (254);

366) Wegner, a.a.O. S. 141;

367) Kellrowicz, "Die wirtschaftliche.."a.a.O.S. 43(56); Messing, a.a.O. S. 253(254);

Becher, a.a.O. S. 297(298); Zentralverband des Deutschen Milchhandels e.V. Feinkost-Revue Nr. 3/73;

Angebot und Verkauf von Waren unter Einstandspreis kann deshalb für einige Mitbewerber zur Folge haben, daß diese hinsichtlich der der angebotenen Waren oder vollständig vom Markt verdrängt werden können.

3. Ruinöse Vernichtungsunterbietung

Diese Marktverdrängung kann nicht nur unbeabsichtigte Folge des Anbietens unter Einstandspreis sein. Ziel des Verkaufs unter Einstandspreis kann es auch sein, durch dieses günstige Angebot zunächst den weniger leistungsstarken Mitbewerber aus dem Weg zu räumen, um dann später frei absetzen und die Preise allein bestimmen zu können.³⁶⁸⁾ Das Interesse kleinerer Unternehmer, von derartigen Preisunterbietungen verschont zu bleiben, ist evident.

4. Schutz vor Irreführung des Publikums

Weiterhin haben die Konkurrenten ein Interesse daran, daß der Anbieter die Verbraucher durch das Angebot einiger Waren unter Einstandspreis nicht über seine eigene Preisbemessung im übrigen irreführt. Durch eine solche Irreführung verhält sich der Anbieter nicht nur den Kunden gegenüber, sondern auch den Mitbewerbern gegenüber unlauter, weil durch diese Täuschung deren Leistung herabgesetzt wird. In der Täuschung der Verbraucher

³⁶⁸⁾ Lutz, a.a.O. S. 49(52); Mellerowicz,
Die wirtschaftliche... a.a.O. S. 43(54);

liegt zugleich auch eine Behinderung der Mitbewerber, weil diese nicht mehr ihre eigene Leistung frei auf dem Markt zur Geltung bringen können.³⁶⁹⁾ Infolge dieser Täuschung beschäftigt sich das Publikum erst gar nicht mehr mit dem Angebot der Mitbewerber und bringt diese so mit wettbewerbsfremden Mitteln um ihre Absatzmöglichkeit.

Teil B

Schutzwürdigkeit der Interessen und Wahrscheinlichkeit und Intensität ihrer Beeinträchtigung

Es ist bislang - soweit ersichtlich - weder in einem Prozeß noch in einem geschilderten Fall der Nachweis erbracht worden, daß das Angebot unter Einstandspreis für die Mitbewerber die zuvor benannten nachteiligen Folgen tatsächlich zur Folge hatte.

So wurde in keinem Fall konkret dargetan, daß und in welchem Umfang es einem bestimmten Mitbewerber unmöglich war, eine Ware, die von einem Händler unter Einstandspreis angeboten wurde, noch mit Gewinn zu verkaufen.

Zunächst einmal werden nicht alle in Betracht kommenden Verbraucher mit einer solchen Werbung erreicht. Selbst wenn ein Verbraucher von dem auffallend günstigen Angebot Kenntnis hat, heißt das noch nicht, daß er diese Ware nur noch zu diesem niedrigen Preis kauft.

Er deckt seinen Bedarf oftmals in Geschäften, die er kennt, die sich in der Nähe seines Arbeitsplatzes oder Wohnortes befinden. Wie Mollerowicz zutreffend ausführt, muß beim Verbraucher eine bestimmte "Reizschwelle" überschritten werden, damit dieser seine Bequemlichkeit und seine lokalen oder personellen Präferenzen zu Gunsten einer Preisersparnis zurückstellt.³⁷⁰⁾

³⁶⁹⁾ Braubach-Helferzehl, § 1 Rdz. 7;

³⁷⁰⁾ "Die wirtschaftliche..." a.a.O. S. 43(51);

Verbrauchermärkte und Diskountläden, die hauptsächlich Lockvögel einsetzen, sind oftmals in Randgebieten oder sogar außerhalb der Stadt selbst gelegen. Der Verbraucher wird deshalb sehr oft überlegen, ob sich die Zeit und der Einsatz eines Verkehrsmittels lohnen, um die angebotene Ware dort zu kaufen, wo für sie der niedrigste Preis gefordert wird.

aa) Jede Preisunterbietung, also auch die, bei der der Preis noch oberhalb des Einstandspreises liegt, müßte konsequenterweise den Erfolg haben, daß die Ware zu anderen Preisen nicht mehr abgesetzt werden kann. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die gleiche Ware wurde seit je und wird auch heute noch zu völlig unterschiedlichen Preisen nicht nur angeboten, sondern auch abgesetzt. Lockvögelaktionen sind wegen der nachlassenden Reizwirkung zeit- und mengenmäßig begrenzt.³⁷¹⁾ Auch dies spricht dagegen, daß der Händler den angebotenen Artikel tatsächlich aus seinem Sortiment streicht.

bb) Andererseits kann natürlich die anlockende Wirkung solcher Billigangebote nicht übersehen werden, was die Untersuchung des Instituts für Demoskopie Allensbach offenbart hat. Wenn hierdurch auch Umsatzeinbußen für die Mitbewerber eintreten, so sind diese nach der Rechtsordnung vor einer solchen Folge nicht geschützt.

³⁷¹⁾ Kellorowicz, "Die wirtschaftliche..." a.a.O. S. 43(51);

Kein Gewerbetreibender hat einen Anspruch darauf, seinen Kundenstamm und seine Absatzmöglichkeit ungeschmälert beibehalten zu können. Es ist gerade der Sinn wirtschaftlichen Wettbewerbs, den eigenen Kundenstamm auf Kosten der Mitbewerber zu vergrößern.³⁷²⁾

Im freien Wettbewerb muß jeder Gewerbetreibende die Beeinträchtigung seines Absatzes durch die wettbewerbliche Tätigkeit des Mitbewerbers hinnehmen. Nur darf dieser keine unlauteren Mittel anwenden. Dazu gehört aber nicht schon die Preisunterbietung als solche, denn dabei handelt es sich um eine grundsätzlich erlaubte Maßnahme im Wettbewerbskampf.

- cc) Das Interesse des Mitbewerbers an der Wahrung seines Besitzstandes ist von der Rechtsordnung nur insoweit geschützt, als dieser nicht durch wettbewerbswidrige Mittel beeinträchtigt werden darf. Keinesfalls darf jedoch von der Umsatzbeeinträchtigung auf die Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens geschlossen werden, weil diese negative Auswirkung rechtlich neutral ist und keinen Schluß auf die Rechtswidrigkeit der diese Auswirkung auslösenden Handlung zuläßt.

Ob die durch Werbung mit dem Angebot unter Einstandspreis eingetretene Umsatzeinbuße auf rechtswidrige Weise herbeigeführt wurde, ist die allein richtige Fragestellung.

- b) Nur selten wird diese Werbung zur Marktverdrängung eines Mitbewerbers führen. Dies wird praktisch nur der Fall sein, wenn jener nur oder im wesentlichen die unter Einstandspreis

372) RGZ 144, 41; BGHZ 19, 392 (395, 396) "Freiburger Wochenblatt"; BGHZ 23, 365 (370) "Suwa"; BGH GRUR 60, 558 "Eintritt in Kundenbestellung"; Baumbach-Hefermehl, Allg. Rdz. 21, Einl. Rdz. 68; Kraft, "Interessen" S. 257, 258;

angebotene Ware verkauft und seine Kundschaft vollständig abwandert.

aa) Der Gewerbetreibende ist nicht nur nicht vor Umsetzeinbußen geschützt, sogar seine vollständige Verdrängung vom Markt durch den leistungsfähigeren Konkurrenten wird von unserer Wirtschafts- und Rechtsordnung hingenommen.³⁷³⁾ Kommt ein wirtschaftlich schwächerer Konkurrent durch Unterbietung seiner Preise zum Erliegen, so ist dies nicht wettbewerbsfremd.³⁷⁴⁾

bb) In der "Suwa"-Entscheidung hat der BGH zwar geprüft, inwieweit der schwächere Mitbewerber vor Wettbewerbshandlungen eines kapitalkräftigen Unternehmens zu schützen ist.³⁷⁵⁾ Erwägungen, kleinere Mitbewerber könnten einer auf Kapitaleinsatz beruhenden Werbung kaum wirksam begegnen³⁷⁶⁾, kann im Rahmen des § 1 UWG jedoch kein Raum gegeben werden. Das UWG schützt nicht kleinere Unternehmen vor der größeren Werbekraft von Großunternehmen. Die Unmöglichkeit des wirtschaftlich Schwächeren, umfangreiche Reklame zu treiben, bildet keinen Maßstab für die Grenzen rechtlich zulässiger Werbemaßnahmen. Der Mitbewerber ist deshalb von der Rechtsordnung nicht einmal vor einer vollständigen Verdrängung vom Markt geschützt.³⁷⁷⁾

373) RGZ 134, 342(350); RGZ 144, 41 (49, 50); BGHZ 19, 392 (396) "Freiburger Wochenbericht"; BGHZ 23, 365(370) "Suwa-Entscheidung"; OLG Stuttgart GRUR 70, 146; Baumbach-Liefermehl, Allgem. Rdz. 21, 22, Einl. Rdz. 88; Kraft, "Interessen".S.100; Tetzner, § 1 Rdz. 11;

374) RGZ 134 (350, 351); RGZ 144, 49(50); BGH WuW 55, 118 (122) "Händler Rabatt"; BGH GRUR 69, 295(296) "Goldener Oktober";

375) BGHZ 23, 365 (370);

376) so neuerdings wieder BGH GRUR 74, 156(157) "Geld-Gewinnspiel"

377) RG JW 31 449 (450); RG JW 36, 2073(2074); RG JW 38, 207(209);

- cc) Wie später noch in anderem Zusammenhang auszuführen sein wird, gewährt § 1 UWG mittelständischen Unternehmen keinen besonderen Schutz vor Verdrängung durch kapitalkräftigere Unternehmen. Daß kleinere Mitbewerber sich der Werbung aus wirtschaftlichen Gründen nicht anschließen können, ist kein beachtlicher Umstand.³⁷⁸⁾ Die Rechtsordnung - auch nicht das Wettbewerbsrecht - hat nicht die Aufgabe, einzelne Gewerbezüge vor der Verdrängung durch wirtschaftlich überlegene Konkurrenz zu schützen.³⁷⁹⁾
- c) Nicht jedes Anbieten unter Einstandspreis hat die ruinöse Vernichtung der Mitbewerber zum Ziel.³⁸⁰⁾ Verfolgt der Werbende jedoch diesen Zweck, dann allerdings gewährt die Rechtsordnung dem Mitbewerber Schutz vor einer derart motivierten Preisunterbietung.
- aa) Es war zwar seit je umstritten, ob auch der Zweck und die Zielsetzung einer Wettbewerbshandlung bei der Prüfung ihrer Sittenwidrigkeit zu berücksichtigen sind.³⁸¹⁾ Das Reichsgericht hat gerade im Zusammenhang mit einer Preisunterbietung eine Unterscheidung zwischen Leistungs- und Behinderungswettbewerb danach vorgenommen, ob die Preisunterbietung dazu dient, den Umsatz des eigenen Unternehmens zu fördern oder nicht.
- 378) BGH GRUR 65, 489 (491) "Kleenex"; Kraft, "Die Berücksichtigung..a.a.O.S. 233(234);
- 379) Rödding, a.a.O. 1877 (1881); OLG Hamburg, WRP 63, 164 (167); BGH WuW 1955, 118(122) "Händler Rabatt";
- 380) Baumbach-Hefermehl, § 1, Rdz. 169; OLG Koblenz WRP 72, 265 (266); LG Aurich WRP 72, 488 (489);
- 381) ablehnend: Baumbach, "Grenzen." a.a.O.S. 2(3); Callmann, "Kampfpreise," a.a.O. S. 570(572); RGZ 79, 415 (418); Kirchberger, "Die Bedeutung." a.a.O. S. 275(278); Reinhardt, a.a.O. S. 468 (470) vgl. auch Kraft, "Interessen." S. 240 ff.;

bb) Zielt sie dagegen darauf ab, zunächst einmal den Mitbewerber aus dem Weg zu räumen, um dann freie Bahn für den eigenen Absatz zu haben, so soll diese Behinderungswettbewerb und damit wettbewerbswidrig sein.³⁸²⁾ Nach ganz überwiegender Meinung ist der Mitbewerber vor einer solchen Preisunterbietung allein mit dem Ziel, ihn zu vernichten, geschützt.³⁸³⁾

Allerdings ist es schwierig festzustellen, wann die Preisunterbietung nicht mehr zur Förderung des eigenen Absatzes dient, sondern allein aus der Absicht heraus erfolgt, den Mitbewerber zu vernichten. Selten werden so eindeutig feststellbare Tatsachen vorliegen, wie in dem vom Reichsgericht entschiedenen Tankstellenfall.³⁸⁴⁾ Bezeichnend dafür ist, daß seitdem in keiner höchstgerichtlichen Entscheidung die Preisunterbietung wegen der bezweckten Vernichtungsunterbietung untersagt wurde. Ob der Zweck verfolgt

382) RGZ 134, 342 (350, 351) "Tankstellenentscheidung";

383) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 69, § 1, Rdz. 192; Becher, a.a.O. S. 297(298); Droste, "Die unzulässige". a.a.O. S. 2; Finger, a.a.O. S. 298; Franzen, a.a.O. S. 741(746); Hiersemann, a.a.O. S. 33(34); Hubmann, "Gewerblicher". S. 259; Möring, a.a.O. S. 493 (501); Ulmer-Reimer, "Unlauterer". Bd. III, Rdz. 198; Rasch, a.a.O. S. 387 (392); Rosenthal, Wettbewerbsrecht, § 1 Rdz. 171; aus der umfangreichen Rechtsprechung: OLG Celle WuW 69, 776; RG GRUR 36, 139 (141) "Putztuchwäscherei"; OLG Dresden MuW 1929, 393; OLG Oldenburg WRP 60 19(21); OLG Bamberg, WRP 70, 395 (396); OLG Stuttgart GRUR 70, 146; BGH GRUR 60, 331 (334) "Schleuderpreise";

384) Ulmer-Reimer, "Das Recht". Bd. III Rdz. 918; Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 192;

wurde, den Mitbewerber auszuschalten, muß nach den Umständen des Einzelfalls, dem Gesamtverhalten des Preisunterbieters entschieden werden. Anzeichen hierfür können ständiger Verkauf zu Verlustpreisen und gezieltes Vorgehen gegen bestimmte Mitbewerber sein. Ob gezielt gegen einen bestimmten Konkurrenten vorgegangen wird, wird sich oftmals aus der Art der Ware, die dieser führt und der Ware, die der Anbieter selbst so billig anbietet und aus der Zeitdauer der Unterbietung ergeben.

- cc) Jedenfalls kann ein Anbieten unter Einstandspreis nicht immer als ruinöser Vernichtungswettbewerb gesehen werden. Dies ist nur der Fall, wenn die Unterbietung nicht mehr der Förderung des eigenen Absatzes dient und die mögliche Vernichtung des Konkurrenten nicht nur Folge, sondern Ziel und Zweck der Unterbietung ist.³⁸⁵⁾ Ein bloß zeitweiliges oder gelegentliches Unterbieten - wie es beim Angebot unter Einstandspreis die Regel ist - läßt einen Schluß auf den Vernichtungszweck noch nicht zu.³⁸⁶⁾ Ein starkes Indiz für den Vernichtungswillen soll es sein, wenn ein Kaufmann regelmäßig unter Einstandspreis verkauft, ohne daß dafür ein sachlich gerechtfertigter Grund besteht.³⁸⁷⁾

³⁸⁵⁾ Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1, Rdz. 192;

³⁸⁶⁾ Baumbach-Hefermehl, § 1, Rdz. 194; BGH GRUR 60, 331(334) "Schleuderpreis"; nach Burmann, "Leitfaden." S. 12 kann nicht einmal aus "systematischem" Preisunterbieten allein die Zielrichtung der Vernichtung entnommen werden.

³⁸⁷⁾ Baumbach-Hefermehl, § 1, Rdz. 194; LG Aschaffenburg U. v. 13.7.1972 HKO 7172; OLG Bamberg U. v. 16.1.1973 zitiert in Feinkost-Revue 3/73;

Ein "sachlich gerechtfertigter" Grund sollte dabei allerdings mit Zurückhaltung verneint werden. Es ist nicht Aufgabe des Richters, über die kaufmännische Rechtfertigung einer Preisunterbietung zu entscheiden. Angebote unter Einstandspreis zu Werbezwecken, die das Thema dieser Arbeit sind, sind grundsätzlich in diesem Sinne "sachlich gerechtfertigt". Sie dienen der Umsatzsteigerung des Anbieters und damit der Förderung eigenen Absatzes.

Es besteht also zwar ein von der Rechtsordnung geschütztes Interesse, nicht Gegenstand einer gezielten Preisunterbietung zu sein. Allerdings verletzt das Angebot unter Einstandspreis zu Werbezwecken dieses Interesse grundsätzlich nicht.

- d) Wie aufgezeigt besteht durchaus die Möglichkeit, daß der Verbraucher von der Preiswürdigkeit der angebotenen Ware auf die Preisbemessung des gesamten Sortiments schließt. Eine rechtlich relevante Irreführungsgefahr wurde hier allerdings nur für den Fall angenommen, bei dem das Niedrigpreisangebot nicht als "Sonderangebot" erkennbar ist.

Auch die Mitbewerber haben ein von der Rechtsordnung geschütztes Interesse daran, daß das Publikum nicht von einem Anbieter über dessen Preise getäuscht wird. Der Wahrheitsgrundsatz ist als einer der wichtigsten

Grundsätze im Wettbewerbsrecht auch im Rahmen des § 1 UWG zu prüfen.³⁸⁸⁾ Nicht nur das Publikum, sondern auch der Mitbewerber soll davor geschützt werden, daß der Verbraucher infolge seiner falschen Vorstellung über die vermeintlich bessere Leistung des Täuschenden das Angebot der Übrigen überhaupt nicht mehr prüft. Stellt sich ein Angebot unter Einstandspreis als zur Irreführung geeignet dar, dann verstößt dies nicht nur gegen § 3 UWG, sondern auch zugleich gegen § 1 UWG.³⁸⁹⁾

Deshalb ist das Interesse des Konkurrenten daran, daß das Publikum nie durch Werbemaßnahmen des Werbenden über dessen Preisbemessung getäuscht wird, grundsätzlich schutzwürdig.

Allerdings geht dieser Schutz des Mitbewerbers nicht weiter, als der Schutz des Publikums selbst vor Irreführung. Ein schutzwürdiges Interesse des Mitbewerbers wird daher dann nicht verletzt, wenn dem Publikum das Angebot unter Einstandspreis als "Sonderangebot" erkennbar ist.

e) Ergebnis

Der Mitbewerber ist vor Umsatzeinbußen oder seiner Verdrängung vom Markt als Folge der Wettbewerbshandlung seiner Konkurrenten nicht geschützt. Er ist durch das Wettbewerbsrecht nur davor geschützt, daß dieser Erfolg

388) Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 5,7; Kraft, "Interessen.."S. 232, 252;

389) Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 195;

nicht durch wettbewerbswidrige Maßnahmen herbeigeführt wird. Nur insoweit ist sein Interesse an der Sicherung seiner Existenz von der Rechtsordnung geschützt. Beispielsweise hat er ein schutzwürdiges Interesse daran, daß Waren nicht nur deshalb unter Einstandspreis angeboten werden, um ihn gezielt zu vernichten. Ein weiteres schutzwürdiges Interesse besteht darin, in seinen Absatzmöglichkeiten nicht deswegen eingeschränkt zu sein, weil durch diese Werbung das Publikum getäuscht wird und sich dem vermeintlich günstigeren Anbieter zuwendet.

III. Die Interessen der Verbraucher

Teil A

1.) Interesse an solchem Angebot :

Günstige Einkaufsmöglichkeit

Die Verbraucher haben naturgemäß ein Interesse an möglichst preiswertem Einkauf.³⁹⁰⁾ Wie die Untersuchungen des Instituts für Demoskopie Allensbach ergeben haben, widmen die Verbraucher billigen Angeboten erhebliche Aufmerksamkeit. Durch den freien Wettbewerb sollen nicht zuletzt günstige Bedingungen auch für den Verbraucher erzielt werden. Deshalb hat der Gesetzgeber mit Aufhebung der Preisbindung der zweiten Hand auch bei Markenartikeln Konkurrenz unter den Händlern geschaffen.

³⁹⁰⁾

Mellerowicz, "Die wirtschaftliche." a.a.O.
S. 43(52) ; LG Mainz WRP 71, 538 (539);

Waren, die unterhalb des Einstandspreises angeboten werden, geben dem Kunden die Möglichkeit, besonders günstig einzukaufen. Die Verbraucher haben daher ein erhebliches Interesse, über solche Billigangebote informiert zu werden.³⁹¹⁾

2.) Entgegenstehende Interessen

- a) Andererseits besteht die Gefahr, durch einzelne Angebote über die Preisbemessung des Gesamtsortiments irreführt zu werden. Der Verbraucher hat auch ein Interesse daran, durch diese Werbung nicht zu Fehlschlüssen über die im Angebot nicht genannten Waren verleitet zu werden.³⁹²⁾
- b) Weiterhin wird vorgebracht, der Verkauf unter Selbstkosten widerspreche deshalb den Interessen des Verbrauchers, weil er den bei dieser Ware nicht gemachten Gewinn bei anderen Artikeln mitbezahlen müsste, so daß sich das Angebot letztlich für ihn verteuere.³⁹³⁾ Das Angebot von Waren unter Einstandspreis sei außerdem für den Verbraucher von Nachteil, weil der Hersteller den durch den Einsatz als Lockmittel "abgenutzten" Markenartikel durch einen anderen ersetzen müsse, wodurch der Verbraucher die Marktübersicht verliere und

³⁹¹⁾ Kraft, "Unlauterer..." a.a.O.S. 83(85);

³⁹²⁾ Kraft, "Unlauterer..." a.a.O.S. 83(85);

³⁹³⁾ Iutz, "Wettbewerbsregeln..." a.a.O.S. 49(52);
Martino, "Das Lockvogel-Urteil..." a.a.O.S. 504
(598); Schmitz-Hangberg, a.a.O.S. 346(347);

für ihn eine "Marktverwirrung" eintrete.³⁹⁴⁾
Durch das Angebot von Waren unter Einstandspreis würden außerdem Mitbewerber vom Markt verdrängt, was für den Verbraucher eine nachteilige sinkende Distributionsdichte für Artikel des täglichen Bedarfs zur Folge hätte.³⁹⁵⁾

Teil B

Wettbewerbliche Relevanz und Schutzwürdigkeit dieser Interessen

- a) Das Interesse des Verbrauchers an billigem Einkauf wird von der gegenwärtigen Rechts- und Wirtschaftsordnung geschützt. In einer freien Marktwirtschaft mit verschiedenen Anbietern und freien Preisen soll dem Abnehmer die Möglichkeit eröffnet werden, unter dem mannigfachen Angebot das für ihn günstigste herauszusuchen.

Ebenso wird der Verbraucher in der gesamten Rechtsordnung vor Täuschung und Irreführung geschützt. Allerdings ist ein Rest von Irreführungsgefahr auch bei "Sonderangeboten" hinzunehmen. Deshalb ist ein schutzwürdiges Interesse des Verbrauchers nur insoweit anzuerkennen, als er davon zu unterrichten ist, daß es sich bei dem Angebot unter Einstandspreis um ein aus dem übrigen Sortiment herausfallendes "Sonderangebot" handelt.

-
- 394) Verhaltenskodex Industrie-Handel a.a.O.S. 389 (390);
395) Mellerowicz, Die wirtschaftliche."a.a.O.S. 43 (56);

- b.) Nicht alle Belange der Verbraucher sind bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbsbehandlung zu berücksichtigen. In die Beurteilung mit einbezogen werden können vielmehr nur die in der Wettbewerbssphäre liegenden Verbraucherinteressen. Das Urteil über die Sittenwidrigkeit muß wettbewerbsbezogen bleiben. Eine bloße "Verbraucherbeeinträchtigung" genügt nicht. Es muß sich dabei um solche Verbraucherinteressen handeln, deren Berücksichtigung dem Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechts entspricht.³⁹⁶⁾ Sollte es sich um durchaus wettbewerbsbezogene Aspekte handeln, fragt sich dann immer noch, ob der eine oder andere wegen seiner nur mittelbaren oder nicht notwendigen Wirkung außer Betracht bleiben muß.

"Marktverwirrung" wegen des Austauschs der Artikel, die Verteuerung des übrigen Sortiments und "sinkende Distributionsdichte" gehören nicht zu den wettbewerbsrechtlich relevanten Verbraucherinteressen. Die Einführung neuer Artikel auf dem Markt und das Herausnehmen eines anderen, aus irgendwelchen Gründen nicht mehr erfolgreichen Artikels, sind eine Selbstverständlichkeit in unserer Konsumgesellschaft. Es ist wettbewerbsrechtlich daher unbeachtlich, wenn ein Hersteller einen nicht mehr zugkräftigen Artikel durch einen neuen ersetzt.

Die bereits mehrfach erwähnte Untersuchung des Bundeskartellamtes³⁹⁷⁾ hat gezeigt, daß das Warensortiment bei solchen Unternehmensformen, die üblicherweise "Lockvögel" einsetzen, keineswegs teurer, sondern im Gegenteil sogar billiger ist, als bei solchen Unternehmen, die

³⁹⁶⁾ Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 108; Kraft, "Die Berücksichtigung.."a.a.O. S. 223(228, 229); Schricker, "Unlauterer..a.a.O.S.32(42);
³⁹⁷⁾ BKartA, Presseinformation 23/73 v.11.4.1973;

von dieser Werbeform nicht Gebrauch machen.
Eine allgemeine Verteuerung des Sortiments tritt durch diese Werbung ganz offensichtlich nicht ein.

Auch kann es nicht von Bedeutung sein, daß die durch die Werbung mit dem Angebot einiger Waren unter Einstandspreis entstehenden Kosten durch den Verkauf der übrigen Waren eingebracht werden müssen. Die Kosten jeder Werbung werden auf die Waren umgelegt und sind letztlich vom Verbraucher zu zahlen.³⁹⁸⁾ Dadurch wird die Werbung mit dem Angebot von Waren unter Einstandspreis aber ebenso wenig unlauter, wie jede andere Werbung, deren Kosten vom Käufer des Produkts aufzubringen sind.

Wettbewerbsrechtlich unbeachtlich ist auch die angebliche Gefahr sinkender Distributionsdichte. Konzentrationen als Folge der Umstrukturierung des Marktes und des harten Wettbewerbskampfes sind alltägliche Erscheinungen. Das Interesse am Fortbestand seines Unternehmens ist von der Rechtsordnung nicht einmal für den Gewerbetreibenden selbst geschützt. Um so weniger kann dieser Gesichtspunkt als für den Verbraucher nachteilige Folge im Rahmen des § 1 UWG Berücksichtigung finden.

IV. Die Interessen des Markenartikelherstellers

Als Lockvögel werden einmal namenlose Artikel des täglichen Bedarfs, wie Butter, Milch, Mehl und Zucker angeboten, bei denen der Verbraucher den ungefähren Preis kennt.³⁹⁹⁾

398) Seydel, a.a.O. S. 83 (85);

399) Mellerowicz, "Die wirtschaftliche.."a.a.O.S. 43 (50,56); Zentralverband des Deutschen Milchhandels e.V. Feinkost-Revue Nr. 3/73;

Noch beliebter als Lockvögel sind aber Marken-
des gehobenen Bedarfs. Markenartikel in diesem
Sinn sind zur Kennzeichnung ihrer Herkunft
mit Waren- oder Firmenbezeichnungen versehene
Waren, die im Verkehr bekannt und wegen ihrer
anerkannten Qualität vom Kaufbewußtsein brei-
ter Verbraucherkreise getragen werden.⁴⁰⁰⁾

Wegen dieser Bekanntheit der Ware selbst kennt
der Verbraucher meist auch den üblichen Markt-
preis. Von der Werbung mit dem Angebot unter
Einstandspreis sind auf Seiten der Hersteller
im Grunde genommen betroffen nur Interessen
der Markenartikelhersteller, weil nur bei
diesen der Verbraucher eine Verbindung zwischen
der Ware, ihrem Preis und dem Hersteller vor-
nimmt.

Teil A

1) Konzentration im Einzelhandel

Wie bereits an früherer Stelle dargetan, wird
vorgebracht, kleinere Einzelhändler, die sich
Verlustpreisen nicht anschließen könnten oder
wollten, würden Artikel aus ihrem Sortiment
herausnehmen, wenn andere diese unter Einstands-
preis anbieten. Spätestens dann, wenn die Werbe-
wirkung des als Lockvogel angesetzten Artikels
verbraucht sei, werde der Verkauf dieses Arti-
kels auch von anderen Händlern vernachlässigt
oder gar eingestellt.

Dadurch beschränke sich der Kreis der Abnehmer
für den Hersteller immer mehr auf einige Groß-
abnehmer, deren "Preisdiktat"

⁴⁰⁰⁾ Bernhard/Schweer, a.a.O. S. 216; Hiersemann,
a.a.O. S. 33(37); Lutz, "Wettbewerbsregeln..."
a.a.O. S. 43(52); Messing, a.a.O. S. 253(254);
Wegner, a.a.O. S. 141(144); vgl. auch Defi-
nition in § 38 a Abs. 2 GWB;

er dann ausgesetzt sei.⁴⁰¹⁾

2.) Unannehmlichkeiten mit sonstigen Abnehmern

Eine solche Werbung verstoße außerdem deswegen gegen die Interessen des Herstellers, weil dieser durch solche Lockvogel-Angebote Schwierigkeiten mit seinen sonstigen Abnehmern bekomme. Für diese seien die angebotenen Preise nicht verständlich. Die anderen Abnehmer würden annehmen, dem Anbieter seien im Gegensatz zu ihnen noch günstigere Konditionen eingeräumt worden, obwohl in etwa ein gleicher Umsatz vorliege. Dies führe in vielen Fällen zu Unannehmlichkeiten oder sogar zum Verlust von Abnehmern auf der Handelsstufe.⁴⁰²⁾

3.) Schädigung des "Good-will"

Am schwersten wiege aber, daß durch ein Anbieten unter Einstandspreis der "gute Ruf" oder "Good-will" der Marke herabgesetzt werde. Durch ein "Verramschen" eines Artikels büße dieser in den Augen der Verbraucher seine Wertschätzung ein. Durch diese außergewöhnlich billigen Preise werde beim Verbraucher der Eindruck erweckt, diese Ware sei qualitativ verschlechtert oder aus anderen Gründen zu dem bisherigen Preis nicht mehr verkäuflich. Auch wenn für den Hersteller zunächst noch eine Umsatzsteigerung eintrete, weil das Publikum zunächst noch erfreut den Artikel billig einkaufe, so führe dieser Imageverlust doch später zu schweren Umsatzeinbußen. Der Preis habe

⁴⁰¹⁾ Mellerowicz, "Die wirtschaftliche..." a.a.O. S. 43(56);
⁴⁰²⁾ Gaedertz, Anm. z. U. des OLG Koblenz v.18.2.1972 WRP 72, 266(268); Beschl. des OLG Hamm v. 21.10.1969 Az. 4 W 123/69; LG Aurich BB 70,146;

eine besondere Bedeutung in der Vorstellung des Verbrauchers über die Qualität der Ware. Durch solch billige Angebote werde deshalb das Ansehen des Markenartikels beim Verbraucher zerstört.⁴⁰³⁾ Sei der gute Ruf einer Ware aber erst einmal aufgezehrt, dann könne der Hersteller diesen Artikel kaum noch auf dem Markt absetzen.

Teil B

Wettbewerbsrechtliche Relevanz und Schutzwürdigkeit dieser Interessen

- a) Es muß schon bezweifelt werden, daß kleinere Händler ein bestimmtes Produkt aus ihrem Sortiment herausnehmen, wenn dieses von einem Großunternehmen unter Einstandspreis verkauft wird. Wie bei jeder anderen Preisunterbietung wird dem Kaufmann der Absatz auch zu höheren Preisen nicht vollständig unmöglich gemacht, zumal dieser Artikel zumeist nur von einem Großunternehmen und dann auch nur für eine bestimmte Zeit so günstig angeboten wird. Auch wenn der Artikel keinen Gewinn mehr abwirft, kann gleichwohl der Händler gezwungen sein, ihn aus Gründen der Vollständigkeit seines Sortiments weiterzuführen.⁴⁰⁴⁾

⁴⁰³⁾ Bernhard/Schweer, a.a.O. S. 216; Gaedertz, Anm. z. U. des OLG Koblenz v. 18.2.1972, WRP 72,266(268); Hiersemann, a.a.O.S.33(37) Isay, "Preisbindung."a.a.O.S. 166(171);Lutz, "Wettbewerbsregeln."a.a.O.S.49(52);Markenverband, "Markenartikelangebote."a.a.O.S.40(41); Martino, "Das Verbot."a.a.O.S.381(382), Martino, "Das Lockvogelurteil."a.a.O.S.594(600); Paul, "Lockvogelwerbung."a.a.O.S.10(11) LG Oldenburg Az. 60 KM 1/70; LG Saarbrücker Beschl. v. 7.5.1969 Az. 70 331/69; LG Siegen WuW 73, 154; LG Wiesbaden BB 68,314;
⁴⁰⁴⁾ Holz, a.a.O. S.99; Martino, "Lockvogelwerbung.."a.a.O.S. 285; Mellerowicz, "Lockvogelwerbung."a.a.O. S, 286;

Wenn einige Abnehmer den Hersteller auf den Niedrigpreis der Konkurrenz ansprechen, oder diesen Artikel deswegen aus ihrem Sortiment herausnehmen, dann sind dies keine Sachverhalte, die bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung berücksichtigt werden können.⁴⁰⁵⁾

Das Interesse an der Aufrechterhaltung des Kundenstammes ist als solches rechtlich nicht geschützt. Deshalb kann auch von den Folgen einer Wettbewerbshandlung, wie hier der "Beunruhigung" oder dem Verlust anderer Abnehmer, nicht auf deren Wettbewerbswidrigkeit geschlossen werden.⁴⁰⁶⁾ Diese Reaktionen der Mitbewerber sind im Wettbewerbskampf, beispielsweise bei der Einführung neuer Konkurrenzartikel, bei Preissenkungen oder sonstigen Werbeaktionen, durchaus alltäglich. Das UWG schützt den Hersteller ebenso wenig wie den Mitbewerber vor lästigem und unbequemem Wettbewerb, bei dessen Verlauf solche Folgen auftreten.

- b) Dagegen ist der Unternehmer vor einer rechtswidrigen Beeinträchtigung des "Good-will" seiner Waren geschützt.
- aa) Für den Absatzerfolg eines Herstellers ist der gute Ruf, den seine Erzeugnisse beim Publikum genießen, von größter Wichtigkeit. Die Bekanntheit und das Ansehen seiner Artikel auf Grund gefestigter Verbrauchervorstellungen über die Qualität bedeuten, daß die Käufer auch künftig diesem Artikel treu bleiben werden.

Der "Good-will" wird nämlich umschrieben mit: Wohlwollen des kaufenden Publikums auf Grund seiner Gütevorstellung und Wahrscheinlichkeit, daß der alte Kunde wiederkehrt,⁴⁰⁷⁾

⁴⁰⁵⁾ LG München, WRP 72, 488 (489);
⁴⁰⁶⁾ Baumbach-Hefermehl, Allg. Rdz. 22, Einl.Rdz.68;
⁴⁰⁷⁾ Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 422; Elsaesser, a.a.O. S. 133;

Chance, daß der Kunde einem Unternehmen treu bleiben wird,⁴⁰⁸⁾ persönliches Vertrauen in die Leistung des anderen.⁴⁰⁹⁾ Der gute Ruf, den das Unternehmen und sein Erzeugnis im Verkehr genießen, ist ein von der Rechtsordnung gegen rechtswidrige Beeinträchtigungen geschützter immaterieller Vermögensbestandteil des Unternehmens.⁴¹⁰⁾

- bb) Es ist jedoch fraglich, ob und in welchem Umfang der gute Ruf einer Ware dadurch geschädigt wird, daß er unter Einstandspreis angeboten wird. Sicher ist richtig, daß auch heute noch viele Verbraucher hohe Preise mit der Vorstellung eines Qualitätsvorsprungs verbinden.⁴¹¹⁾ In allen von der Rechtsprechung bisher entschiedenen Fällen der Preisunterbietung wurde, soweit ersichtlich, jedoch kein konkreter Nachweis dafür erbracht, daß durch Preisunterbietung Umsatzeinbußen als Folge der Rufschädigung des Artikels eintraten.

Gelegentlich wird auf ausländische Bereiche hingewiesen, wo eine wesentliche Schädigung des Rufs eines Erzeugnisses durch seinen Einsatz als Lockartikel eingetreten sein soll. Aber auch in jenen Ländern konnte nicht sicher festgestellt werden, daß der Umsatzrückgang gerade darauf beruhte und nicht seine Ursache in anderen Marktgeschehnissen hatte.⁴¹²⁾

-
- ⁴⁰⁸⁾ OLG Karlsruhe BB 70, 147(148);
⁴⁰⁹⁾ BGH BB 57, 354; BGH BB 60, 381(382);
⁴¹⁰⁾ Becher, "Das Recht.." a.a.O. S. 540(541);
Ulmer-Reimer, "Das Recht.." Bd. III S. 121; LG
Hannover WRP 73, 551 (553); BGH BB 62, 155;
Burmman, "Das Ausbeuten..." a.a.O.S. 6;
⁴¹¹⁾ Mellerowicz, "Markenartikel." S. 252 ff.; Messing
a.a.O.S. 253, 254; LG Hannover WRP 73, 551(553);
⁴¹²⁾ Gabriel, "Preisbindung..." a.a.O.S. 683(693);
Mellerowicz, "Markenartikel" S. 142, 147; Skeoch,
"Die Abschaffung.." a.a.O.S. 388(394, 395);

Nicht jede Unterschreitung des Marktpreises wird die Ware in den Augen der Verbraucher herabsetzen. Die Ansicht, verschiedene Preise erschütterten das Vertrauen des Publikums, weil nach dessen Meinung Ware gleicher Beschaffenheit gleich teuer sein müsse,⁴¹³⁾ entspricht heute nicht mehr der Lebenswirklichkeit. Durch Verbraucheraufklärung wird täglich verdeutlicht, zu welcher unterschiedlichen Preisen die gleiche Ware zu haben ist. Vor allem entspricht eine solche Auffassung nach der grundsätzlichen Aufhebung der Preisbindung nicht mehr der gesetzlichen Wertung.

Angebote unter Einstandspreis sind in der Regel lokal und zeitlich begrenzt. Der Verbraucher wird von dem bei einem Händler vorübergehend stark herabgesetzten Preis kaum auf eine allgemeine Qualitätsminderung dieses Artikels schließen, wird doch zur selben Zeit der Artikel in der Mehrzahl aller anderen Geschäfte zu höheren Preisen angeboten. Die Wirksamkeit einer solchen Werbung beruht ja gerade darauf, daß dieser Artikel nur in diesem Geschäft so auffallend preisgünstig angeboten wird.

Die nur relative Rolle des Einstandspreises zeigt sich auch hier. Es ist kaum einzusehen, weshalb bei gleichem Preis eine Schädigung des "Good-will" zwar bei dem Angebot eines kleinen Händlers erfolgen soll, der seinen Einstandspreis unterschreitet, nicht jedoch bei dem eines Großunternehmens, dem dieser Preis dank günstigeren Einkaufs noch Gewinn abwirft.

⁴¹³⁾ Recken, a.a.O. S. 24(25); Rosenthal, "Preis-schleudern..." GRUR 1915, S. 32(33);

Da der Einstandspreis unterschiedlich und dem Publikum in der Regel unbekannt ist, kann der Einstandspreis für die Schädigung des "Goodwill" daher keine absolute Rolle spielen.

Aus der Sicht des Verbrauchers kann eine deutliche Preisherabsetzung verschiedene Ursachen haben, wie besonders günstigen Einkauf oder Einsatz als Werbemittel.

Entscheidend ist, ob durch den niedrigen Preis die Vorstellung des Verbrauchers hinsichtlich der Güte des Produkts schwerwiegend beeinträchtigt wird, wozu allein die Tatsache der Unterschreitung des Einstandspreises aus den dargelegten Gründen nicht genügt.⁴¹⁴⁾

Zu berücksichtigen ist dabei, daß der Kunde die Preiswürdigkeit des Artikels nicht mit dem Hersteller, sondern mit dem damit werbenden Kaufmann in Verbindung bringen wird. Wenn nur dieser das Produkt so günstig anbietet, während in anderen Geschäften höhere Preise verlangt werden, so spricht dies gegen einen Schluß des Verbrauchers auf eine Qualitätsminderung bei dieser Ware insgesamt. Dies wird noch dann verstärkt, wenn für den Kunden erkennbar ist, daß dieses besonders günstige Angebot sich selbst noch von dem übrigen Angebot des Werbenden abhebt. Kennzeichnet dieser das Angebot als "Sonderangebot", dann kann eine besondere Leistung ja nur dann vorliegen, wenn der geforderte Preis im Verhältnis zur Qualität der angebotenen Ware etwas Besonderes ist.

⁴¹⁴⁾ vgl. Kraft, "Unlauterer". a.a.O. S. 83(86);
Reimer, "Lockvogelwerbung". a.a.O. S. 568(573);

- cc) Das Interesse des Herstellers, das Ansehen seiner Erzeugnisse durch Einhaltung bestimmter Mindestpreise sichern zu können, wird von der gegenwärtigen Wirtschaftsordnung nicht mehr geschützt. Früher konnte der Markenartikelhersteller durch Preisbindung ein einheitliches Preisniveau aufrechterhalten. Der Gesetzgeber hat ihm in § 16 GWB n.F. diese Möglichkeit inzwischen genommen, um den Preiswettbewerb auch bei Markenartikeln zu fördern. Damit ist zugleich eine Änderung der Verbrauchervorstellung verbunden, nach der nunmehr unterschiedlich hohe Preise allein keinen Rückschluß mehr auf die Qualität der Ware zulassen. Berechtigte Qualitätsvorstellungen werden sich auch dann behaupten, wenn dieser oder jener Artikel gelegentlich zu Werbezwecken unter Einstandspreis angeboten wird.

Es mag zwar Fälle geben, in denen die Verwendung eines Markenartikels als Lockvogel für das Gesamtassortiment wegen Gefährdung des Rufs dieser Ware unerlaubt ist.⁴¹⁵⁾ Aber keineswegs führt jeder Verkauf unter Einstandspreis zu einer Markenverschlechterung.⁴¹⁶⁾ Der Kunde ist darauf aus, qualitativ hochwertige Ware günstig einzukaufen. Deshalb wird das Ansehen eines Artikels nicht geschmälert, wenn nach Meinung der Verbraucher gute Ware besonders günstig angeboten wird.⁴¹⁷⁾

- dd) Eine Schädigung des "Good-will" allein durch das Preisniveau ist erst dann wahrscheinlich, wenn die lokal oder zeitlich nicht begrenzte Unterschreitung des Einstandspreises so erheblich ist, daß der Kunde die Qualität des Erzeugnisses ernstlich in Zweifel ziehen muß. Dabei kommt es auf den Gesamteindruck an, den die Werbung insbesondere durch ihre Slogans erweckt, sowie auf die Art der Präsentation der Ware

⁴¹⁵⁾ LG Hannover, WRP 73, 551(553);

⁴¹⁶⁾ Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz 206, § 3 Rdz.179,271;

⁴¹⁷⁾ LG Frankfurt U. v.3.7.1974 Az. 2/609/74; LG Hannover, WRP 73,551(553); OLG Koblenz, WRP 72,265(266); LG Mainz, WRP 71,538(539); Honig, a.a.O.S. 663(664); Kraft, "Unlauterer Wettbewerb.."a.a.O.S.83(86); Reimer, "Lockvogelwerbung.."a.a.O.S.568 (573);

im Verkaufslokal.

Dagegen ist bei einer lokal oder zeitlich beschränkten, mehr oder weniger geringfügigen Unterschreitung des Einstandspreises die Wahrscheinlichkeit einer Rufbeeinträchtigung gering.

ee) Ergebnis :

Der Hersteller hat zwar grundsätzlich ein von der Rechtsordnung anerkanntes schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung des guten Rufs seiner Ware. Allerdings ist dieses Interesse nicht gegen jede Beeinträchtigung geschützt. Wird beispielsweise eine neue oder bessere Konkurrenzware auf den Markt gebracht, so hat dies selbstverständlich auch Einfluß auf die Wertschätzung der Waren anderer Hersteller. Insbesondere gewährt die heutige Wirtschaftsordnung dem Hersteller nicht mehr die Möglichkeit, durch Erzwingung einheitlicher Verkaufspreise den Ruf seiner Ware mit Hilfe des Preises zu sichern. Einer Beeinträchtigung des Rufes steht auch entgegen, daß sich der Verbraucher im heutigen Preiskampf auch an unterschiedliche Preise bei bekannten und angesehenen Markenartikeln gewöhnt hat. Bei der Interessenabwägung wird daher zu berücksichtigen sein, daß die Wahrscheinlichkeit einer Rufschädigung durch das mehr oder weniger geringfügige Unterschreiten des dem Verbraucher im übrigen unbekannten Einstandspreises gering zu veranschlagen ist.

6. Teil

BEWERTUNGSFAKTOREN BEIM ANGEBOT UNTER EINSTANDSPREIS

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, haben die privaten am Wettbewerbsleben beteiligten Interessen grundsätzlich gleiches

Gewicht. Um eine Kollision entgegengesetzter Interessen gleichwohl lösen zu können, müssen daher die Umstände des Einzelfalls entscheiden, ob ein an sich schutzwürdiges Interesse zurückstehen muß, weil es niedriger zu bewerten ist, als das andere Interesse.⁴¹⁸⁾ Bei dieser Bewertung können verschiedene Faktoren zu einer Höherbewertung eines Interesses führen.⁴¹⁹⁾

I. Bewertungsfaktoren aus dem Sachverhalt

1) Der Besitzstand der Markenartikelhersteller

In vielen Entscheidungen zum Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht wird von der Rechtsprechung die Leistung der einen Partei, das bisher im Wettbewerb Erworbene als "schutzwürdiger Besitzstand" anerkannt.⁴²⁰⁾ Dieser Besitzstand ist also eine besondere wettbewerbliche Position, die zu Gunsten des Inhabers als interessenverstärkend angesehen wird.⁴²¹⁾

Allerdings hat im Wettbewerb niemand Anspruch auf Erhaltung seines Kundenkreises, auch dann nicht, wenn dieser mit Mühe errungen wurde.⁴²²⁾ Deshalb kann der Besitzstand allein nicht dazu führen, das Interesse seines Inhabers höher zu bewerten, als das Interesse desjenigen, der diesen Besitzstand beeinträchtigt. Er kann eine Bedeutung als positiver Bewertungsfaktor zu Gunsten des Inhabers daher nur im Zusammenwirken mit anderen Bewertungsfaktoren erlangen.⁴²³⁾

418) Hubmann, "Grundsätze..." a.a.O. S. 85(103); Kraft,

419) "Interessen..." a.a.O. S. 79 ff., 247 ff.;
wie 418)

420) RGZ 129, 252(259); RG DR 1942, 1705; RGZ 135, 385
(395); RGZ 144, 41 (45, 50); BGH GRUR 67, 298(301)

421) "Hodess"; BGH WRP 74, 487 (489) "Germany";

422) Hubmann, "Grundsätze..." a.a.O. S. 85(109, 112);
Baumbach-Hefermehl, All. Rdz. 21, Einl. Rdz. 88
m.w.N.; Kraft, "Interessen" S. 257, 258; BGH GRUR
63, 197 (201) "Zahnprothese-Pflegemittel"; BGH GRUR
70, 250(253) "Hummel III"; BGH WRP 70, 117(119)

423) "Spritzeußengel";
Kraft, "Interessen" S. 257, 258;

2. Ausbeutung fremder Leistung ohne Einsatz
eigener Leistung ?

a) Grundsätzliches

Im Zusammenhang mit dem Einsatz von Markenartikeln als Werbemittel wird häufig vorgebracht, dies sei kein Leistungswettbewerb mehr, sondern eine Ausbeutung eines fremden Arbeitsergebnisses. Indem der Händler mit billigen Markenartikeln Kunden zum Kauf anderer Waren in sein Geschäft locke, beute er den guten Ruf dieses Artikels aus und benutze diesen als Vorspann zur Anpreisung seiner eigenen Leistung. Dies sei ein sittenwidriges Schmarotzen an einem fremden Arbeitsergebnis, eine unlautere Ausbeutung des durch Marketing, Werbung und Qualitätsgarantie geschaffenen Images des Markenartikels.⁴²⁴⁾

Inwieweit die Ausnutzung fremder Arbeitsergebnisse wettbewerbsrechtlich zu beanstanden ist, gehört seit je zu den schwierigsten Fragen des Wettbewerbsrechts.⁴²⁵⁾ Auszugehen ist dabei von der Überlegung, daß die Benutzung der Leistung anderer, wenn sie sonderrechtlich nicht geschützt ist, grundsätzlich zulässig ist. Andererseits kann durch die Art und Weise der Ausnutzung der Leistung eines anderen die wettbewerbliche Ausgangslage so verzerrt werden, daß eine solche Benutzung einer fremden Leistung als wettbewerblich widrig angesehen werden muß.

- ⁴²⁴⁾ Baumbach-Hefermehl, §1, Rdz. 206, §3 Rdz. 179; Briner-Eidenbenz, a.a.O.S.16; Gaedertz, Ann.z. U. des OLG Koblenz v. 18.2.1972; Hiersemann, a.a.O. S. 33(37); Martino, "Das Lockvogel-Urteil", a.a.O.S.594 (599,600); Lutz, "Wettbewerbsregeln", a.a.O.S. 49(52); Paul, "Lockvogelwerbung", a.a.O.S.10(11); Wegner, a.a.O.S.141 (144); LG Aurich BB 70,146(147); LG Saarbrücken U.v.7.5.1969 Az. 70 331/69; LG Siegen WuW 73,154; LG Wiesbaden BB68,314(315).
- ⁴²⁵⁾ vgl. Burmann, "Das Ausbeuten", a.a.O.S. 6 ff.; Gastinger, "Inwieweit", a.a.O.S.179 ff.; Luchterhand, "Die Rechtsprechung", a.a.O.S.58ff.; Reimer, "Einige Bemerkungen", a.a.O.S.98 ff.; Tetzner, "Die Problematik", a.a.O.S.1067 ff.; Tetzner, "Zur Lehre", a.a.O. S. 324 ff.;

b) Fallgruppen zur Unlauterkeit der Ausnutzung
fremder Leistung

Bevor geprüft werden kann, ob die in Frage stehende Werbung eine unzulässige Ausbeutung ist, sollen zunächst einmal die von der Rechtsprechung zur Ausbeutung gebildeten Fallgruppen angesprochen werden, die auch hier eingreifen könnten.

aa) Unlauter ist die Ausnutzung eines fremden Rufs, wenn dieser zur Täuschung über die Herkunft einer Ware benutzt wird. Hierbei soll dem Kunden durch Anlehnung an den Namen, durch Nachahmung einer fremden Kennzeichnung oder Leistung selbst vorgespiegelt werden, die jetzt angebotene Ware stamme aus dem Gewerbebetrieb dessen, der Inhaber des guten Rufes ist. Die Ausbeutung fremden Rufes durch Schaffung einer Verwechslungsgefahr macht auch die damit zusammenhängende Preisunterbietung unlauter.⁴²⁶⁾

bb) Eine weitere Fallgruppe der unlauteren Ausbeutung fremder Arbeit kann die Nachahmung eines nicht unter Sonderrechtsschutz stehenden fremden Erzeugnisses sein.⁴²⁷⁾ Gaedertz meint, beim Einsatz von Markenartikeln als Lockartikel können gewisse Parallelen zur Nachahmung gezogen werden.⁴²⁸⁾

cc) Eine beim Angebot von Markenartikeln unter Einstandspreis in Betracht kommende Fallgruppe der Ausbeutung fremder Leistung wird häufig als die "unmittelbare Übernahme einer fremden Leistung" bezeichnet. Davon spricht man,

⁴²⁶⁾ RGZ 135, 385(393, 395); RGZ 144, 41(45); PGH GRUR 63, 152(155, 157) "Rotaprint"; BGH GRUR 70, 510

(511, 512) "Fußstütze"; BGHZ 50, 125(129) "Pulverbehälter"; Burmann, "Leitfaden" S. 7; BGH GRUR 60, 244(246) "Simili-Schmuck"; BGH GRUR

66, 503(506-508) "Apfelmadonna";
⁴²⁸⁾ Anm. z. U. des OLG Koblenz WRP 72, 266(268);

wenn nicht das Vorbild nachschaffend wiederholt, sondern das fremde Arbeitsergebnis ohne eigene Leistung vollständig übernommen wird.⁴²⁹⁾

Diese Übernahme wird als unlauter angesehen, wenn dadurch ein fremdes, den Einsatz beträchtlicher Arbeit und Kosten voraussetzendes Leistungsergebnis ohne ins Gewicht fallende zusätzliche eigene Leistung zur Förderung des eigenen Wettbewerbs und zur Schädigung der wettbewerblichen Stellung desjenigen, der das Leistungsergebnis geschaffen hat, mühelos ausgebeutet wird.⁴³⁰⁾ Daran ist hier deswegen zu denken, weil derwerbende den bereits bestehenden "guten Ruf" des Markenartikels unverändert bei seiner Lockvogelwerbung für sich nutzt.

- dd) Eine weitere unzulässige Ausnutzung des Rufs einer fremden Leistung ist es, wenn dieser als Vorspann zur Anpreisung der eigenen Leistung benutzt wird. Zumeist handelt es sich dabei um Waren, die nicht nur einen hohen Bekanntheitsgrad haben, sondern mit denen das Publikum auch eine besondere Gütevorstellung verbindet.⁴³¹⁾ Die eigene Leistung wird dadurch empfohlen, daß sie mehr oder weniger offen in Bezug zu der allseits bekannten und geschätzten anderen Ware gesetzt und dadurch diese zur Förderung des eigenen Absatzes verwendet wird. Oftmals wird dabei die eigene Ware gegenüber der bekannten als gleichwertig hingestellt, durch Formulierung wie "ebenso gut wie", "als Ersatz für" oder "nach System..."⁴³²⁾.

429) RG WuW 1926, 334 "Uralt"; RGZ 73, 294 (297) "Schallplatten"; RGZ 130, 331 BGR GRUR 59, 240 "Nalckenstecklinge"; BGR GRUR 60, 614 (617) "Figaros Hochzeit"; BGR GRUR 69, 186 (188) "Reprint"; BGR GRUR 69, 618 (620) "Künstliche Zähne"; Baumbach-Hefermehl § 1 Rdz. 374, 463; Luchterhand, a.a.O. S. 581 (582-584); Reimer, "Einige Bemerkungen..." a.a.O. S. 98 (104);

430) BGR GRUR 60, 507 (506) "Apfelmadonna"; Baumbach-Hefermehl, § 1, Rdz. 423 ff, 429 ff; Reimer, Wettbewerbsrecht 29, Kap. Rdz. 22;

432) RG WuW 1927/28, 52; RGZ 86, 123 (125) "Garlock"; RGZ 110, 339 (342, 343); BGR 40, 391 (392) "Stahlexport"; OLG Hamburg WuW 1928, 251; OLG Hamburg GRUR 1949, 22; Kraft, "Interessen..." S. 200;

Es wird also durch Hinweis auf Leistung, Güte und Verwendungs zweck oder andere dergleichen als Veranlassung zur Erfüllung der eigenen abgelehnt. Die Leistung selber, wie sie nicht mit eigener Leistung in Wettbewerb zu leben teilgenommen wird, sondern der fremde Erfolg, die beim Publikum erlangte Vertiefung der Konkurrenz zur Förderung des eigenen Geschäftsbetriebs gebraucht wird.⁴³³⁾

- ee) Der als Lockmittel verwendete Markenartikel seine Bekanntheit nicht zuletzt einer erfolgreichen Werbung verdankt, kommt auch eine Ausbeutung fremder Leistung in Form des "Schmarotzens an fremder Werbung" in Betracht.

Ein solches "Schmarotzen an fremder Werbung" wurde bisher nur dann angenommen, wenn entweder eine fremde Werbemaßnahme nachgeahmt und dadurch eine Verwechslungsgefahr hervorgerufen oder wenn durch den Gebrauch der Werbung deren Schlagkraft verwässert wurde.⁴³⁴⁾

Der Gedanke des "Schmarotzens an fremder Werbung" ist aber deswegen in die Überlegungen mit einzubeziehen, weil der Anbieter sich auch die für den Markenartikel vom Hersteller betriebene Werbung zunutze macht.

- c) Die allgemeinen Rechtsgedanken des Ausbeutens fremder Leistung

Als Zwischenergebnis muß zunächst einmal festgestellt werden, daß sich das Angebot unter Einstandspreis unter keine der bisher behandelten, von der Rechtsprechung aufgestellten Fallgestaltungen der Ausbeutung fremden Rufes einordnen läßt. Eine Verwechslungsgefahr wird nicht hervorgerufen. Ebenso wenig liegt eine Nachahmung des Markenartikels vor. Auch von einer "unmittelbaren Leistungsübernahme" nach den dazu aufgestellten Grundsätzen kann hier nicht gesprochen werden. In jenen Entscheidungen handelte es sich um Vorgänge auf der Herstellerstufe. Ein Konkurrent hatte ein fertiges Leistungsergebnis durch Vervielfältigung übernommen und war durch Einsparung von Zeit und Kosten in der Lage, diesen Artikel billiger auf den Markt zu bringen, wodurch der Her-

⁴³³⁾ BGH GRUR 52, 416 (417) "Dauerdose";
⁴³⁴⁾ Paumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 420 ff.; Godin, "Wettbewerbsrecht" § 1 Rdz. 109; Ff. MW 1929, 275 (276) "Wettbewerbsrecht" § 1 Rdz. 109; Ff. MW 1929, 275 (276) "Wettbewerbsrecht" § 1 Rdz. 109; Ff. MW 1929, 275 (276) "Wettbewerbsrecht" § 1 Rdz. 109.

steller des Erstwerks naturgemäß stark geschädigt wurde. Das Anbieten unter Einstandspreis liegt aber auf einer ganz anderen Ebene. Hier geht es nicht um das Konkurrenzverhältnis verschiedener Hersteller, die ein identisches oder ähnliches Produkt absetzen wollen und wobei sich ein Konkurrent dadurch Vorteile verschafft, daß er durch seine Übernahme der fremden Arbeit nicht die volle Herstellerleistung erbringen muß. Es wird nicht die gewerbliche Leistung eines unmittelbaren Mitbewerbers ausgenutzt.

Dies schließt jedoch nicht aus, gegebenenfalls eine neue Fallgruppe der Ausbeutung fremden Rufes zu bilden.⁴³⁵⁾

Dazu muß jedoch zunächst einmal herausgearbeitet werden, auf Grund welcher rechtlichen Gesichtspunkte die Ausnutzung fremder Arbeit unlauter ist.

Im "Schallplattenfall"⁴³⁶⁾ hatte das Reichsgericht noch darauf abgestellt, daß ein mit "Mühe und Kosten" errungenes Arbeitsergebnis verwendet werde, wodurch der Unternehmer fremde Früchte ziehe.

In der "Nelkensteckling"-Entscheidung und der "Aki-Entscheidung"⁴³⁷⁾ wurde darauf abgestellt, daß die Ausnutzung ohne eigene ins Gewicht fallende Leistung erfolgt, die Allgemeinheit in keiner Weise bereichert wird und der Unternehmer dem Hersteller die Früchte des unter Mühe und Kosten errungenen Erfolgs entzieht.

⁴³⁵⁾ Baumbach-Mefermehl, § 1 Rdz. 449; BGH GRUR

60, 144 (146) "Bambi";

⁴³⁶⁾ RGZ 73, 294 (297);

⁴³⁷⁾ BGHZ 28, 387 (396); BGH GRUR 62, 470 (475);

Die Vorstellung, dem Hersteller einer anerkanntswerten Leistung müsse in bestimmtem Umfang auch das Recht gesichert werden, die Früchte seiner Arbeit zu ziehen, entstammt eigentlich nicht dem Wettbewerbsrecht, sondern den Sonderschutzgesetzen. Diesen liegt der Gedanke zugrunde, dem Schöpfer einer anerkanntswerten Leistung müsse für eine bestimmte Zeit die alleinige wirtschaftliche Ausnutzung seiner Leistung gewährt werden.⁴³⁸⁾

Durch § 1 UWG soll aber ein bestehender Sonderrechtsschutz weder erweitert, noch ein nicht bestehender Sonderrechtsschutz geschaffen werden.⁴³⁹⁾ Das Wettbewerbsrecht schützt deshalb nicht die Leistung als solche, sondern den Mitbewerber lediglich vor einer unlauteren Art und Weise ihrer Ausnutzung.⁴⁴⁰⁾

Die gesamte Fortentwicklung in Wirtschaft und Technik beruht gerade auf den Leistungen anderer.⁴⁴¹⁾ Die früheren Versuche des Reichsgerichts, die Sittenwidrigkeit allein mit dem Gesichtspunkt der Ausnutzung einer "mit Mühe, Zeit und Kosten" errungenen Leistung zu begründen, sind deshalb heute von Rechtsprechung⁴⁴²⁾ und Schrifttum⁴⁴³⁾ aufgegeben.

- 438) Gastinger, a.a.O. S. 179, (181); Luchterhand, a.a.O. S. 581 (590);
439) Reimer, "Einige Bemerkungen." a.a.O. S. 98 (100)
440) Tetzner, "Zur Lehre vom." a.a.O. S. 324 (326);
Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 367; BGHZ 23, 387 (396) "Näckenstecklinge"; BGH GRUR 67, 315 (317) "skai-cubana";
441) Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 367; Kraft, "Interessen" S. 227, 228;
442) RGZ 135, 384 (395); RGZ 142 (145, 150); RGZ 144, 41 (45); BGH GRUR 65, 503 (506) "Apfel-Madonna"; BGH WRP 70, 117 (119) "Spritzgußengel";
443) Eurmman, "Das Ausbeuten." a.a.O. S. 6; Fikentscher, "Wettbewerb" S. 304; Helseke, a.a.O. S. 50 (54); Luchterhand, a.a.O. S. 581 (582, 587); Reimer, "Einige Bemerkungen." a.a.O. S. 98, (108, 109);

So führt beispielsweise der Bundesgerichtshof in der "Apfel-Madonna" -Entscheidung⁴⁴⁴⁾ aus, daß es jedem Gewerbetreibenden grundsätzlich freisteht, auch fremde, mit Mühen und Kosten erworbene Arbeit und Arbeitsergebnisse für sich auszunutzen.

Ein allgemeiner Grundsatz, wie Becher ihn aufstellt, ein fremdes Arbeitsergebnis dürfe nicht zureigenen Absatzerhöhung ausgenutzt werden und eine fremde Leistung dürfe nicht als Reklamemittel für eigenes Schaffen verwendet werden,⁴⁴⁵⁾ ist von der Rechtsprechung nie aufgestellt worden. Die von Becher zur Stützung seiner Absicht herangezogenen Entscheidungen des Reichsgerichts⁴⁴⁶⁾ zeigen, daß nicht die Benutzung fremder Arbeit als solche, sondern die dadurch verursachte Verwechslungsgefahr oder die Benutzung des guten Rufs der Konkurrenzware zur Empfehlung der eigenen Ware diese Anlehnung an fremden Ruf sittenwidrig machten.

Wird nicht in ein Sonderschutzrecht eingegriffen, ist deshalb die Benutzung einer fremden Leistung grundsätzlich zulässig und nur dann sittenwidrig, wenn zusätzliche, besondere Umstände hinzutreten.⁴⁴⁷⁾

-
- ⁴⁴⁴⁾ BGH GRUR 66, 503; ebenso BGH GRUR 59, 240 "Nelkenstecklinge"; BGH GRUR 60, 244 (246) "Simili-Schmuck"; BGH GRUR 64, 621 "Klembausteine";
- ⁴⁴⁵⁾ "Das Recht am". a.a.O. S. 540;
- ⁴⁴⁶⁾ RG MuW 1917, 155 (156); RG MuW 1914, 25;
- ⁴⁴⁷⁾ Godin, Wettbewerbsrecht § 1, Rdz. 92; Helseke, a.a.O. S. 50 (54); Kraft, "Interesse" S. 228, 230; Reimer, "Einige Bemerkungen." a.a.O. S. 98 (100); Tetzner, "Zur Lehre." a.a.O. S. 324 (326);

Auch diese Entscheidung ist letztlich das Ergebnis einer Interessenabwägung.⁴⁴⁸⁾ Eine Interessenabwägung wird - wenn auch nicht ausdrücklich als solche bezeichnet - von der Rechtsprechung unzweifelhaft dann vorgenommen, wenn sie den Interessen des Herstellers des Erstwerkes die Interessen des die Leistung Übernehmenden und die Interessen der Allgemeinheit an der Übernahme gegenüberstellt und gegeneinander abwägt.⁴⁴⁹⁾

Nach Reimer⁴⁵⁰⁾ ist dabei zu prüfen, ob der Betroffene durch die unmittelbare Übernahme seiner Leistung unbillig um die Früchte seiner Arbeit, um seine Erwerbsaussicht oder seine wettbewerbliche Stellung⁴⁵¹⁾ gebracht wird und sich der Übernehmer kostenlos und ohne eigene Mühe eine Wettbewerbsstellung verschafft die ihm üblicherweise nur durch eigene Leistung zugänglich wäre und die ihm gegenüber dem mit Kosten und Vorarbeiten Belasteten einen Wettbewerbsvorsprung verschafft.⁴⁵²⁾

- aa) Auf den in Rechtsprechung und Schrifttum vielfach abgestellten " V o r s p r u n g s g e - d a n k e n " ⁴⁵³⁾ kann bei dem Angebot unter Einstandspreis zu Werbezwecken nicht abgestellt werden.

⁴⁴⁸⁾ Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 377, 467, 471;

⁴⁴⁹⁾ Reimer, Wettbewerbsrecht 29. Kap. Rdz. 10; BGH GRUR 69, 186 (188) "Reprint"; BGH GRUR 69, 618 (620) "Künstliche Zähne";

⁴⁵⁰⁾ Wettbewerbsrecht, 29. Kap. Rdz. 10;

⁴⁵¹⁾ RGZ 73, 294/297 "Schallplatten"; BGH GRUR 69 186 (188) "Reprint"

⁴⁵²⁾ BGHZ 33, 20 (28, 29) "Figaros Hochzeit"; BGHZ 37, 1 (19, 20) "Aki"; BGHZ 39, 352 (357)

⁴⁵³⁾ "Kabarett-Veranstaltung"; BGHZ 37, 1 (19, 20) "Aki"; BGHZ 44, 288 (296) "Apfel-Madonna"; BGH GRUR 72, 127 (128) "Formular"; BGH GRUR 73, 478 (480) "Modeneuheit";

Nach diesem "Vorsprungsgedanken" soll dem Hersteller die Möglichkeit gegeben werden, die von ihm aufgebrauchten Entwicklungskosten zu amortisieren. Andernfalls sei im Bereich der lediglich wettbewerbsrechtlich geschützten Leistung jeder Anreiz zur Fortentwicklung des Standes der Technik genommen. Außerdem verschaffe sich der die Leistung unmittelbar Übernehmende dadurch zugleich einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil.⁴⁵⁴⁾

Diese Überlegungen betreffen ganz andere Sachverhalte, als die Werbung mit dem Angebot von Waren unter Einstandspreis. Durch sie verschafft sich der Kaufmann keinen Vorsprung gegenüber dem Hersteller. Er kauft von ihm die Ware und setzt sie anschließend ab. Dabei macht er dem Hersteller keine Konkurrenz, sondern übt nur seine Verteilerfunktion aus.

- bb) Vielfach wird als Indiz für die Sittenwidrigkeit der Ausnutzung eines fremden Arbeitsergebnisses gewertet, wenn es an einer "e i g e n e n , ins Gewicht fallenden Leistung" des Übernehmers fehlt.⁴⁵⁵⁾

Auf die Schwierigkeit einer Leistungssteigerung, also einer eigenen Leistung gerade bei einer Preisunterbietung, weist Fikentscher zu Recht hin.⁴⁵⁶⁾ Eine Leistungssteigerung gegenüber dem Hersteller ist kaum vorstellbar. Ob der Kaufmann selbst etwas leistet, kann nur anhand seiner wirtschaftlichen Entwicklung beurteilt werden. Wer einige Waren zu Verlust

⁴⁵⁴⁾ Luchterhand, a.a.O. S. 581(587,588); BGH GRUR 69, 618(620) "Künstliche Zähne"; BGH GRUR 72, 127 (128) "Formulare"; BGH GRUR 73, 478 (480) "Hodeneuheit",
⁴⁵⁵⁾ BGH GRUR 59, 240(242) "Nelkenstecklinge"; BGH GRUR 66, 617 (619) "Saxophon";
⁴⁵⁶⁾ "Die Preisunterbietung." a.a.O. S. 201(205);

anbietet und gleichwohl weder Konkurs macht, noch diesen Ausfall mit unlauteren Methoden, wie Täuschung ausgleichen muß, zeigt, daß er kaufmännisch durchaus richtig kalkuliert.⁴⁵⁶⁾

Weil nicht immer eine eigene Leistung möglich ist oder es zumindest schwierig ist festzulegen, was nun eigentlich zuzählende, eigene Leistung darstellt, wird das Erfordernis einer eigenen Leistung als Lauterkeitsmerkmal bei der Verwendung fremder Arbeit teilweise abgelehnt.⁴⁵⁷⁾ Auch der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, nicht jede Ausnutzung fremder Leistung ohne Hinzufügen eigener Leistung sei sittenwidrig.⁴⁵⁸⁾

Auch wenn das Vorliegen einer eigenen Leistung die Sittenwidrigkeit des Ausnutzens einer fremden Leistung nicht notwendig beseitigt,⁴⁵⁸⁾ so ist eine "eigene Leistung" des Anbieters doch ein Umstand, der gegen die Wettbewerbswidrigkeit sprechen könnte.

Die erste Frage in diesem Zusammenhang ist, welche "eigene" Leistung kann der Übernehmer des fremden Arbeitsergebnisses überhaupt noch erbringen?⁴⁵⁹⁾ Auf diese Schwierigkeit wurde bereits hingewiesen. Von Nebenleistungen, wie Bedienung, Ausstattung des Geschäftslokals

⁴⁵⁶⁾ "Die Preisunterbietung," a.a.O. S. 201 (205);

⁴⁵⁷⁾ Gastinger, a.a.O. S. 179 (182); Tetzner, "Zur Lehre," a.a.O. S. 324 (328); vgl. auch

⁴⁵⁸⁾ Benisch, a.a.O. S. 421 (423);

⁴⁵⁹⁾ BGH GRUR 69, 186 (188) "Reprint"

Gastinger, a.a.O. S. 181 (188);

und Parkplätzen abgesehen, bestehen die eigentlichen Leistungen des Kaufmanns in Umfang und Qualität seines Sortiments sowie seiner Preisgestaltung. Bei Markenartikeln ist ein Qualitätswettbewerb bezüglich desselben Produkts unter den verschiedenen Händlern nicht möglich. Ein Leistungswettbewerb ist hier nur in der Preisgestaltung möglich. Niedrige Preise sind deshalb im Wettbewerbskampf das Hauptmittel, wodurch neue Kunden herangezogen und die Stammkunden erhalten werden sollen.⁴⁶⁰⁾ Eigene Leistungen des Kaufmanns sind seine Preispolitik⁴⁶¹⁾ und nicht zu vergessen auch seine Werbung.⁴⁶²⁾ Die von Kraft aufgeworfene Frage,⁴⁶³⁾ ob auch geschickte Werbung eine Leistung darstellt, die zu Recht im Wettbewerbskampf honoriert werde, muß bejaht werden. Auch die Absatzleistung, einschließlich der sie fördernden Werbung ist eigene Leistung.⁴⁶²⁾ Der Markenartikelhersteller nimmt für sich in Anspruch, durch Werbung, die oftmals keineswegs rein informativ, sondern suggestiv den Kunden zum Kauf bestimmen soll, seinen Konkurrenten gegenüber um Marktanteile zu kämpfen. Erfolg durch Werbung muß daher auch beim Kaufmann als eigene Leistung anerkannt werden.

Diese eigene Leistung kann auch nicht mit der Begründung verneint werden, der Einsatz von Markenartikeln als Lockmittel sei für den Anbieter ohne jedes Risiko, also keine Leistung.

-
- ⁴⁶⁰⁾ Finger, a.a.O. S. 298; Hiersemann, a.a. O.S.33
⁴⁶¹⁾ RGZ 144, 41 (49,50); OLG Kiel JW 1931,475,476;
⁴⁶²⁾ Martino,"Lockvogelwerbung."a.a.O.S. 285(286);
Baumbach-Hefermehl; Einl. Rdz. 72; Godin,
Wettbewerbsrecht § 1, Rdz. 13;
⁴⁶³⁾ Kraft,"Unlauterer Wettbewerb."a.a.O.S.43(50,54)

Mellerowicz⁴⁶⁴⁾ weist darauf hin, daß viele Faktoren zusammentreffen müssen, um mit einer Werbung zu Verlustpreisen Gewinn zu erzielen. Eine zu große Zahl von Lockvögeln ist mit zu hohen finanziellen Aufwendungen verbunden. Werden andererseits nicht genügend Artikel oder diese nicht zu auffallend billigen Preisen angeboten, wird oftmals die Aufmerksamkeit des Kunden nicht erweckt werden. Außerdem kann der gewählte Lockartikel für seine Aufgabe ungeeignet sein, weil die Kunden nicht in dem erforderlichen Maß an seinem Kauf interessiert sind. Schließlich können die Verluste aus dem Verkauf unter Einstandspreis zuzüglich der sonstigen, mit solchen Aktionen zumeist verbundenen Werbungskosten so groß sein, daß ein kalkulatorischer Ausgleich auch bei Umsatzsteigerung nicht erzielt wird.⁴⁶⁵⁾

Auch können sich die Kunden auf den Kauf dieses Artikels beschränken oder Mitbewerber den Lockartikel aufkaufen, weil sie ihn zu so günstigen Preisen nicht einmal vom Hersteller selbst erhalten könnten.⁴⁶⁶⁾ Nicht immer ist also die Gewähr gegeben, daß der Einsatz von Lockartikeln ein Gewinngeschäft wird.

Deshalb ist die Auswahl und Preisfestsetzung für den Lockartikel sowie die damit sonst verbundene Werbeaktion als eigene, echt kaufmännische Leistung anzuerkennen.

-
- 464) "Die wirtschaftliche...." a.a.O.S. 43(54); vgl. auch Martino, "Lockvogelwerbung..." a.a.O.S. 285 (226);
465) darauf weist auch der BGH in GRUR 70, 33(35) "Lockvogel" hin;
466) Mellerowicz, "Die wirtschaftliche..." a.a.O.S. 43 (54);

cc) Beim Einsatz von Markenartikeln nutzt der Kaufmann allerdings die Bekanntheit dieses Artikels, die besondere Gütevorstellung, die der Verbraucher mit ihm verbindet und damit zugleich die nach ihm bestehende Nachfrage aus. Die Ausnutzung dieser vom Hersteller durch Werbung und sonstige Leistung geschaffene günstige Marktlage macht diese Werbemethode jedoch nicht unlauter. Es ist grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig, die Nachfrage auszunutzen, die durch die erfolgreiche Tätigkeit eines anderen geschaffen wurde.⁴⁶⁷⁾

Ebensowenig genügt für das Unwerturteil das "Anhängen" an die Beliebtheit und Bekanntheit einer Marke. Dieses Anhängen an die Berühmtheit und an die mit der Ware verbundene Gütevorstellung und Beliebtheit ist nur bei Hinzutreten weiterer Umstände unzulässig.⁴⁶⁸⁾ Solche weiteren zusätzlichen Umstände, wie das Hervorrufen einer Verwechslungsgefahr oder das Einspannen fremden Rufs zur Empfehlung einer Konkurrenzware, liegen hier jedoch nicht vor. Der Kaufmann benutzt lediglich die Bekanntheit des Artikels in Verbindung mit dem von ihm festgesetzten Preis dazu, Kundschaft in sein Geschäftslokal zu locken.

d) Ergebnis:

Der Kaufmann muß als selbständiger Unternehmer darauf bedacht sein, sein umfangreiches Warenangebot möglichst vollständig abzusetzen. Es ist keine unzulässige Ausbeutung des Ansehens der Markenartikel,

⁴⁶⁷⁾ BGH GRUR 58, 500(504) "Mecki"; BGH GRUR 62, 144 (149) "Buntstreifensatin"; BGH GRUR 70, 250(253) "Hummel III"; BGH GRUR 66, 503 (502) "Apfel-Kadonna"; OLG Düsseldorf WuW 65, 144;
⁴⁶⁸⁾ BGH GRUR 58, 500(504) "Mecki"; BGHZ 50, 125(131) "Pulverbehälter"; Burmann, "Das Aussteuten.." J.L.O.S. 6(8);

wenn er einige dieser Artikel aus seinem Sortiment zu Werbezwecken mit auffallend niedrigen Preisen versieht. Damit nutzt er zwar den guten Ruf dieser Artikel zur Förderung des eigenen Absatzes. Aber keineswegs jeder Gebrauch der Beliebtheit einer fremden Leistung ist eine unzulässige Ausbeutung dieser anderen Leistung. Es wird eingeräumt, der Kaufmann dürfe den "Good-will" des Markenartikels für seine Werbung nutzen, nur dürfe dadurch das Ansehen des Markenartikels nicht geschädigt werden, was beim Angebot unter Einstandspreis der Fall sei.⁴⁶⁹⁾

Demnach darf der Kaufmann durchaus den guten Ruf des Markenartikels für sich nutzen. Der Meinung jedoch, jede Unterschreitung des - unterschiedlichen - Einstandspreises führe zu einer Minderung der Wertschätzung des Markenartikels, kann nicht gefolgt werden. Gerade bei einem "Sonderangebot" ergibt sich die für den Verbraucher günstige Einkaufsmöglichkeit nur daraus, daß er gute Ware zu günstigem Preis erwerben kann.

Unzulässig wird das "Anhängen" an die Beliebtheit des Lockartikels auch nicht deswegen, weil damit die Absatzförderung auch anderer Produkte bezweckt wird. Durch die Ausstattung bekannter Waren mit auffallend günstigem Preis wird nicht in unzulässiger Weise deren Ansehen für den Absatz anderer Ware eingespannt. Anders wäre es nur dann, wenn in der Werbung diese billigen aber hochwertigen Artikel offen in Verbindung zu Konkurrenzprodukten gebracht werden. Dann wird in der Tat die Wertschätzung des Kunden unmittelbar und unzulässig für die Absatzförderung eines anderen Produktes ausgenutzt. Die Absatzförderung der bei der Gelegenheit des Einkaufs des Lockartikels zusätzlich verkauften Ware läßt sich damit jedoch nicht gleichstellen.

⁴⁶⁹⁾ Buz, "Wettbewerbsregeln..." a.a.O. S. 49(52);

Das Anbieten von Waren unter Einstandspreis zu Werbezwecken aber stellt grundsätzlich keine unzulässige Ausbeutung der Herstellerleistung dar.⁴⁷⁰⁾

3.) Verstoß gegen die par conditio concurrentium?

a) Allgemeines zum wettbewerblichen Gleichheitsgrundsatz

Das Abheben vom Mitbewerber ist ein Wesensmerkmal unseres Wettbewerbs. Ein lauterer Wettbewerb setzt dabei allerdings potentielle Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen voraus.⁴⁷¹⁾

Es kann deshalb verwerflich sein, wenn sich ein Wettbewerber einen Vorsprung dadurch verschafft, daß er sich über Berufs- und Standesordnungen hinwegsetzt oder ständig befolgte Branchenbräuche nicht beachtet. Eine solche "Berufsstandsvergessenheit" liegt vor, wenn sich der Mitbewerber über Standessanschauungen hinwegsetzt, deren Einhaltung die berufsständische Ehre verlangt, um sich so einen Vorsprung vor standestreuen Mitbewerbern zu verschaffen.⁴⁷²⁾

b) Verstoß gegen die Standessitte?

Ein solcher Verstoß kann nicht bereits deswegen angenommen werden, weil diese Werbung nur vereinzelt oder nur in einigen Unternehmensformen stattfindet. Wettbewerbsbehandlungen sind nicht schon deswegen sittenwidrig, weil sie den Gewohnheiten des übrigen Geschäftsverkehrs widersprechen.⁴⁷³⁾ Insbesondere beim Verschenken von Waren wird behauptet, dies sei berufswidrig, da es gerade den Kaufmannsberuf ausmache, Ware mit Gewinn weiterzuverkaufen.

⁴⁷⁰⁾ LG Mainz WRP 71, 558 (539); LG München WRP 72, 488 (489); Monig, a.a.O. S. 662 (663, 664); vgl. auch

⁴⁷¹⁾ Kraft, "Unlauterer..." a.a.O. S. 83 (86);

⁴⁷²⁾ Kraft, "Interessen..." S. 235, 237, 255;

⁴⁷³⁾ Eichmann, "Der Vorsprung..." a.a.O. S. 564 (570); BGH 228 54 (61) "Direktverkäufe"; BGH GRUR 67, 430 (431) "Grabsteinaufträge";

⁴⁷³⁾ Baumbach-Reformehl, Einl. Rdz. 102, 105 n.w.N., 6 1 Rdz. 560; Luth, "Wettbewerbsregeln..." a.a.O. S. 40;

Ein Kaufmann handele deshalb unlauter, wenn er Waren, deren bestimmungsmäßiger Zweck es sei, verkauft zu werden, schenkwweise abgibt.⁴⁷⁴⁾ Da das Verschenken nur den Extremfall des Verkaufs unter Einstandspreis darstellt, liegt die Prüfung einer "Berufstagsvergessenheit" auch im vorliegenden Fall nahe.⁴⁷⁵⁾

Voraussetzung dafür, daß ein Verstoß gegen die Berufsanschauung gegen die guten Sitten verstößt, ist aber eine einheitliche und gefestigte Standesauffassung über die konkrete Wettbewerbshandlung.⁴⁷⁶⁾ Hält ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Berufskreise das Verhalten für unbedenklich, so scheidet ein Verstoß gegen § 1 UWG aus.⁴⁷⁷⁾

Angesichts der unterschiedlichen Struktur der Verkaufsstätten und der Verschiedenheit der Unternehmensformen muß bezweifelt werden, ob eine einheitliche und gefestigte Auffassung darüber besteht, daß das Anbieten einiger Waren unter Einstandspreis zu Werbezwecken unlauter ist. Wie selbst die Gegner eines Einsatzes von Lockvögeln einräumen, beruhen Unter-Kosten-Verkäufe durchaus auf Herkommen und allgemeiner Übung. Im Lebensmitteleinzelhandel würden seit je eine Reihe von Artikeln zu Preisen verkauft, die die allgemeinen Unkosten nicht decken.⁴⁷⁸⁾

- ⁴⁷⁴⁾ RG JW 1936, 2073 (2074); RGZ 160, 385 (388)
⁴⁷⁵⁾ "Lockenwickler";
⁴⁷⁶⁾ Döll, a.a.O. S. 173 (177);
BGH GRUR 65, 690 (693) "Facharzt"; BGH GRUR
69, 474 (476) "Bierbezug"; BGH NJW 1971, 1889
"Spezialklinik";
⁴⁷⁷⁾ BGH GRUR 1972, 709 (710) "Patentmark"
⁴⁷⁸⁾ Lutz, "Wettbewerbsregeln." a.a.O. S. 49 (51);
Mellerowicz, "Die wirtschaftliche" a.a.O.
S. 43 (44);

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Schiedsurteil der Budapest-Handelskammer vom 7.11.1929⁴⁷⁹⁾. In diesem wird bereits der Verkauf unter Einstandspreis als übliches und im allgemeinen zulässiges Reklamemittel bezeichnet, auch wenn dies nur den Absatz anderer, nicht so billiger Waren steigern soll und die Geschäfte der Mitbewerber nachteilig beeinflusst.

Wenn auch an dem Angebot von Waren unter Einstandspreis zu Werbezwecken nur ein relativ geringer Teil der Einzelhandelsbetriebe beteiligt sein wird, so folgt daraus nicht, daß die übrigen Gewerbetreibenden diese Werbung aus berufsständischen Gründen ablehnen. Der kleine und mittelständische Einzelhandel steht dieser Werbeform deswegen ablehnend gegenüber, weil er, wie offengegeben wird, nicht die wirtschaftlichen Möglichkeiten hat, gleichzuziehen.⁴⁸⁰⁾ Eine einheitliche, die Werbung mit Angebot unter Einstandspreis aus berufsethischen Gründen ablehnende Standesauffassung kann deshalb nicht angenommen werden.

Selbst wenn eine solche bestünde, so genügte dies nicht, um eine gegen sie verstoßene Wettbewerbsbehandlung als unlauter anzusehen. Dem standesrechtlichen Gebot muß nämlich ein solcher Rang zukommen, daß seine Verletzung auch vom Standpunkt der Allgemeinheit aus verwerflich erscheint.⁴⁸¹⁾

Einen solchen Rang haben Standes -

⁴⁷⁹⁾ Kart Rsch 1930, 471(472);
⁴⁸⁰⁾ Martino, "Lockvogelwerbung..." a.a.O. S. 285(283)
⁴⁸¹⁾ BGH GRUR 65, 690 (693) "Facharzt"; BGH GRUR 69, 674 (676) "Bierbezug"; BGH NJW 1971, 1289
"Spezialklinik"; Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 50; Eichmann, "Der Vorsprung." a.a.O. S. 564 (570); Reimer, Wettbewerbsrecht 34. Kap. Rdz. 9;

bräuche, auch wenn sie nicht auf "sittlichen" Motiven beruhen, dann, wenn sie nach Meinung der beteiligten Gewerbetreibenden unerlässlich sind, einen lauterer Geschäftsverkehr zu gewährleisten.⁴⁸²⁾ Dies ist jedoch bei solchen Standesgewohnheiten nicht der Fall, die nur darauf abzielen, den Mitgliedern dieses Berufszweiges die unangefochtene Weiterverfolgung ihrer Vermögensinteressen in bislang üblicher Weise zu ermöglichen.⁴⁸³⁾

Ein Verbot der Werbung mit dem Angebot von Waren unter Einstandspreis würde den Umsatz und Marktanteil denjenigen sichern, die sich dieser Werbung aus wirtschaftlichen Gründen nicht anschließen können. Da in Handelskreisen weder eine einheitlich gefestigte Anschauung über die Unzulässigkeit dieser Werbemethode besteht und darüberhinaus eine solche Anschauung nur der Sicherung der Vermögensinteressen dienen würde, ist ein Verstoß gegen eine im Rahmen des § 1 UWG beachtliche Standesanschauung hier abzulehnen.

c) Verstoß gegen Wettbewerbsregeln

Wie bereits an früherer Stelle ausgeführt,⁴⁸⁴⁾ ist in einigen Wettbewerbsregeln das Anbieten unter Einstandspreis bei Hinzutreten weiterer Umstände als unlauter bezeichnet. Zweifelhaft war, ob nach § 28 GWB a.F. nicht nur das verboten werden dürfte, was nach der Rechtsprechung zu § 1 UWG unlauter war, sondern auch Bereiche der "grauen Zonen", deren Lauterkeit uneinheitlich beurteilt wurde.⁴⁸⁵⁾

- 482) PGHZ 28, 54 (60, 61) "Direktverkäufe"; BGH GRUR 67, 430 (431) "Grabsteinaufträge";
483) Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 561; BGH GRUR 69, 474 (476) "Eierberg";
484) Seite 45-48;
485) Fikentscher, "Das Verhältnis von..a.a.O.S. 181 (186); Holz, a.a.O. S. 188;

Nach der Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung vom 4.4. 1974 können Wettbewerbsregeln auch zu dem Zweck geschaffen werden, einen dem "leistungsgerechten Wettbewerb" zuwiderlaufenden Verhalten entgegenzuwirken.

In der amtlichen Begründung zum ursprünglichen Regierungsentwurf der zweiten Kartellgesetznovelle wird beispielsweise als nicht leistungsgerecht der **V e r d r ä n g u n g s - Wettbewerb** bezeichnet, den ein Unternehmen, das die Möglichkeit zur Mischkalkulation hat, auf einem bestimmten Markt unter Einsatz seiner Gewinne aus anderweitiger Geschäftstätigkeit durchführt.⁴⁸⁶⁾

Die Neufassung des § 28 GWB wird kaum zu einer anderen Beurteilung der Selbstkostenschranke in Wettbewerbsregeln führen, hat doch das Bundeskartellamt Verkauf unter Selbstkosten grundsätzlich nicht als "nicht leistungsgerecht" bewertet. Als "Preiskartellersatz" ist § 28 GWB nicht gedacht.⁴⁸⁷⁾

Auch die Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für 1974 die Forderung der Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels auf Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis zurückgewiesen. Aus der Begründung, durch ein derartiges Verbot werde die Wettbewerbsfreiheit der Unternehmer zum Nachteil der Verbraucher eingeschränkt und die Möglichkeit des Einzelhandels, dem Verbraucher durch Sonderangebote besonders günstige Angebote zu

⁴⁸⁶⁾ BT-Drucksache VI/2520 (Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen..S. 34);
⁴⁸⁷⁾ Partte, a.a.O. S. 65 (62);

machen, kann nur der Schluß gezogen werden, daß diese Werbemaßnahme weder als unlauter noch als nicht leistungsgerecht angesehen wird.

Selbst wenn in einigen Wettbewerbsregeln alter Fassung Verkauf unter Selbstkosten mit oder ohne Hinzutreten weiterer Umstände beanstandet wird, so kann daraus nicht ohne weiteres auf eine entsprechende Anschauung der Durchschnittsgewerbetreibenden jener Branche geschlossen werden. Wettbewerbsregeln geben, läßt man gesonderte Verbandsinteressen außer Betracht, in der Regel das wieder, was den Interessen der Mehrheit der Branchenangehörigen entspricht. Daß diese das, was ihren Interessen entspricht, auch als das Sittengemäße bezeichnen, liegt nahe.⁴⁸⁸⁾ Wettbewerbsregeln gewinnen durch ihre Eintragung weder Allgemeinverbindlichkeit noch legen sie bindend fest, was den guten kaufmännischen Sitten entspricht.⁴⁸⁹⁾ Sonst könnte der der Mehrheit unbequeme und lästige Wettbewerb als "unlauter" ausgeschaltet werden.⁴⁹⁰⁾

Verdrängungswettbewerb mit Mischkalkulation wurde bei der Neufassung des § 28 GWB nicht einmal als "unlauterer Wettbewerb", sondern lediglich als "nicht leistungsgerechter" Wettbewerb angesehen.⁴⁹¹⁾ Die Auslesefunktion des Wettbewerbs soll nicht durch Marktmacht gefährdet werden, die zu dem Zweck eingesetzt wird, den Markt zu monopolisieren. Dient hingegen die Mischkalkulation nicht einem Verdrängungs-

488) Meyer-Cording, "Gute Sitten.."a.a.O.S.273(274);

Reimann, a.a.O. S. 621(625);

489) Reimer, Wettbewerbsrecht, 25. Kap. Rdz.7;
490) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 106 §1 Rdz.563;
Bußmann-Pötzcker-Kleine, S.33; Eichmann, "Der Vorsprung.."a.a.O.S. 564(570,571);

491) BT-Drucksache VI/2520 S. 34;

wettbewerb, sondern lediglich dazu, Kundschaft anzulocken, dann kann dies nach alledem nicht als "nicht leistungsgerecht" und noch weniger als "unlauter" angesehen werden.

d) Verstoß gegen Berufs- und Wettbewerbsrichtlinien ?

Neben den Wettbewerbsregeln ist in einigen Verlautbarungen das Anbieten unter Einstandspreis als unlauter bezeichnet.⁴⁹²⁾ Auch solche Richtlinien können nicht ohne weiteres als Ausdruck der Standesauffassung darüber gelten, was in der betreffenden Branche als unlauter gilt. Jedenfalls das Verhalten derjenigen Gewerbetreibenden, die durch diese Richtlinien rechtlich nicht gebunden sind, ist unabhängig von diesen Richtlinien auf seine Sittenwidrigkeit hin zu untersuchen.⁴⁹³⁾

Meyer-Cording führt in diesem Zusammenhang aus, Konkurrenz reagiere streng, wenn sie sich im Wettbewerb durch billige Preise bedroht sehe.⁴⁹⁴⁾ Die Gefährdung des Vorteils der Gruppe lasse dann das "Berufsethos" zur Ideologie des Interessenstandpunktes auswachsen, die die Basis für moralische Entrüstung schaffe. Es ist verständlich, daß Verbände kaum bei der Steigerung der Intensität des Wettbewerbs mitzuwirken gewillt sind, sondern ihren Mitgliedern den Besitzstand erhalten wollen.⁴⁹⁵⁾ Um sich vor Konkurrenzmaßnahmen zu schützen, wird dann oftmals versucht, durch branchenumfassende Empfehlungen Maßnahmen, die an sich nicht sittenwidrig sind, auszuschalten.⁴⁹⁶⁾

- 492) z.B. Verhaltenskodex Industrie-Handel WRP 73,389 (391); Gedelfi-Resolution, abgedr. bei Gaedertz, "Der Lockvogel-Begriff.."a.a.O.S. 441(442);
493) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz.105; Godin, Wettbewerbsrecht § 1 Rdz. 73; Reimer, Wettbewerbsrecht 25.Kap. Rdz.6; RG JW 1933,1721(1722)"Til-siter Zeitung"; BGH BB 70,859(860) "Kölsch-Bier";
494) "Guten-Sitten.."a.a.O.S.273(274);
495) Holz, a.a.O. S. 121;
496) Antoni, a.a.O. S. 1172(1173); Reimann, a.a.O.S. 621 (624,625); Sack, "Sittenwidrigkeit.."a.a.O.S. 493(501); Steindorff, a.a.O. S. 1385; Teubner, a.a.O. S. 37;

Wenn deshalb Verbände das Angebot unter Einstandspreis als Verstoß gegen die guten kaufmännischen Sitten bezeichnen, dann genügt dies nicht, deswegen einen Verstoß gegen § 1 UWG anzunehmen. Ein Verstoß gegen die par conditio concurrentium kann hierdurch noch nicht bejaht werden.

e) Ergebnis :

Der rechtliche Gesichtspunkt der "Perufsstandsvergessenheit" kann demnach beim Angebot unter Einstandspreis keine Rolle spielen. Eine Pflicht zur Gewinnerzielung bei jedem verkauften Artikel als Bestandteil der kaufmännischen Standessitte existiert nicht. Deshalb verschafft sich der Händler auch keinen ungerechtfertigten Vorsprung, wenn er zu Werbezwecken einige Artikel unter Einstandspreis anbietet.

II. Bewertungsfaktoren aus der Person des Werbenden

Fraglich ist, ob die mit der Wettbewerbsbehandlung verfolgten Zwecke und Absichten bei deren Bewertung überhaupt mit herangezogen werden können.⁴⁹⁷⁾ Zwar soll der Vernichtungszweck das an sich zulässige Preisunterbieten sittenwidrig machen, weil dieser Zweck durch die Wettbewerbsabsicht nicht gedeckt werde.

Dient die Preisunterbietung in erster Linie dazu, den Mitbewerber "koste es was es wolle" zu verdrängen, um dann den Markt zu beherrschen und den Preis diktieren zu können, dann ist es richtiger, bereits die Verfolgung eines "schutzwürdigen Interesses" durch den Wettbewerber zu verneinen.⁴⁹⁸⁾

⁴⁹⁷⁾ vgl. allg. zur Bedeutung des Zwecks im Wettbewerbsrecht: Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 69, 70; Fikentscher, "Das Verhältnis von.." a.a.O. S. 181 (183); Kraft, "Interessen." S. 240 ff.;
⁴⁹⁸⁾ vgl. dazu Kraft, "Interessen." S. 240, 242;

Ein Angebot von Waren unter Einstandpreis zu Werbezwecken um Kundenschaft anzulocken, werden dagegen durchaus schutzwürdige Interessen verfolgt⁴⁹⁹⁾, so daß verfolgte Zwecke als gebotene Bewertungsfaktoren ausscheiden.

III. Öffentliche Belange als Bewertungsfaktoren

1.) Zur allgemeinen Relevanz öffentlicher Belange im Wettbewerbsrecht

Zunächst war das UWG rein individualrechtlich verstanden worden, als Schutzgesetz zu Gunsten des Mitbewerbers vor unlauteren Methoden seines Konkurrenten.⁵⁰⁰⁾ Aber auch die Allgemeinheit ist daran interessiert, daß der Wettbewerb im Verhältnis der Mitbewerber untereinander fair verläuft. Außerdem betrifft die Wettbewerbsbehandlung oftmals nicht nur den Mitbewerber, sondern ebenso den Verbraucher oder die Allgemeinheit insgesamt. Deshalb sieht die Rechtsprechung es gleichfalls als Schutzzweck des § 1 UWG an, Auswüchsen des Wettbewerbs im öffentlichen Interesse entgegenzutreten.⁵⁰¹⁾

Auch die Literatur ist ganz überwiegend der Ansicht, nicht nur der Mitbewerber, sondern der aktuelle und potentielle Verbraucher sowie die Allgemeinheit insgesamt seien durch das UWG vor unlauteren Wettbewerbshandlungen geschützt.⁵⁰²⁾

499) vgl. dazu Seite 119-122;

500) Baumbach, "Grenzen.." a.a.O. S. 2(4);

501) RGZ 120, 47(49); RGZ 128, 330(343); RG JW 1931, 449 (450); EGH GRUR 57, 223(225) "Anzeigenblatt" EGHZ 54, 188 (190) "Telephonwerbung";

502) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 47, 77; Bock, a.a.O. S. 254; Döll, a.a.O. S. 173(174); Kraft, "Interessen.." S. 193, 196; Nastelski, "Schutz der.." a.a.O. S. 322 ff.; Reimer, Wettbewerbsrecht 25. Kap. Rdz. 2; Sack, "Sittenwidrigkeit.." a.a.O. S. 403(500); Schricker, "Entwicklungstendenzen.." a.a.O. S. 579; Schricker, "Unlauterer Wettbewerb..." a.a.O. S. 32(42);

Allerdings gibt es auch Stimmen, die, weil sie eine Ausuferung des Unlauterkeitsprinzips durch das Verbot wirtschaftlich unerwünschter Wettbewerbs befürchten, einer Einbeziehung öffentlicher Belange kritisch gegenüberstehen.⁵⁰³⁾

Diesen Bedenken kann aber dadurch Rechnung getragen werden, daß nur nach dem Sinn und Zweck des UWG geschützte öffentliche Belange in das Unwerturteil mit einbezogen werden. Da Wettbewerbshandlungen sich nicht nur gegen die Mitbewerber richten, sondern auch die Abnehmer und die Allgemeinheit insgesamt betreffen, müssen auch deren Belange bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden.

Noch nicht geklärt ist damit jedoch, welche öffentlichen Belange und in welcher Weise diese bei der Rechtsfindung heranzuziehen sind.

- b) Öffentliche Belange sind keine eigenständigen Interessen, die selbständig neben den Interessen der Mitbewerber den Interessen des Werbenden gegenüberstehen. Sie sind nämlich keine "Begehrungsvorstellungen", die noch einer Prüfung zu unterziehen sind, ob sie nach der Rechtsordnung schützenswert sind. Es handelt sich bei diesen Belangen also nicht um etwas Seiendes, das an einer Sollensordnung gemessen wird, sondern bereits um Wertungsgesichtspunkte, die einer Sollensordnung entnommen werden.⁵⁰⁴⁾ Sie sind somit keine Interessen im Sinne der Interessenjurisprudenz, sondern Bewertungsfaktoren⁵⁰⁵⁾, die bei der Bewertung

⁵⁰³⁾ Burmann, "Strukturwandel..." a.a.O.S. 73 (75,76);
⁵⁰⁴⁾ Samwer, a.a.O.S. 326 ff.; Schwartz, a.a.O.S. 333 ff.
⁵⁰⁵⁾ Kraft, "Interessen..." S. 14,16;
von Burmann "Bewertungsmarken" genannt, "Strukturwandel...." a.a.O. S. 71(72), vgl. auch Seydel, a.a.O. S. 3(25);

der beteiligten Privatinteressen eine Rolle spielen.⁵⁰⁶⁾

- c) Nicht jede Beeinträchtigung von Belangen der Allgemeinheit kann bei der Beurteilung von Wettbewerbshandlungen herangezogen werden. Es muß sich vielmehr um Gesichtspunkte handeln, die aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu beanstanden sind.⁵⁰⁷⁾ Ob ein öffentlicher Belang "wettbewerbsrelevant" ist, muß durch Auslegung des mit § 1 UWG verfolgten Gesetzeszwecks ermittelt werden, ähnlich wie bei dem Schutzzweck einer Norm, der den Umfang des in der Norm enthaltenen Verbots begrenzt.⁵⁰⁸⁾
- d) Selbst wenn das mit der Wettbewerbshandlung verfolgte private Interesse öffentliche Belange beeinträchtigt, dann muß dies bei der Bewertung nicht dazu führen, daß das Privatinteresse zurückstehen muß. Welches Gewicht dem öffentlichen Interesse bei der Abwägung der kollidierenden Einzelinteressen zukommt, ist vielmehr eine Frage der rechtlichen Wertung und Abwägung im Einzelfall.⁵⁰⁹⁾

⁵⁰⁶⁾ Kraft, "Interessen" S. 14 ff., 29, 85, 246; Kraft, "Die Berücksichtigung." a.a.O. S. 223 (228); Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 109: "Es ist nicht der Sinn der Generalklausel des § 1 UWG das Allgemeininteresse schlechthin zu schützen... Das Allgemeininteresse ist vielmehr nur ein Faktor, der bei der Beurteilung einer Wettbewerbshandlung im Rahmen der Abwägung schutzwürdiger kollidierender Interessen zu berücksichtigen und abzuwägen ist."

⁵⁰⁷⁾ Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 109; Schriker, "Gesetzesverletzung.." S. 257;

⁵⁰⁸⁾ Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 76, 108; Kraft "Die Berücksichtigung." a.a.O. S. 223 (228);

⁵⁰⁹⁾ Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 77; Kraft, "Interessen" S. 16;

2.) Wirtschafts-, gesellschafts- und strukturpolitische Überlegungen als Beurteilungsfaktoren ?

- a) Dem kleinen und mittelständischen Einzelhandel fällt es aus wirtschaftlichen Gründen schwer, sich der Werbung mit dem Anbieten einiger Waren unter Einstandspreis und dem sonstigen damit verbundenen Werbeaufwand anzuschließen. Die Rechtsprechung hat oftmals gesellschaftspolitische und wirtschaftspolitische Überlegungen angestellt und diese bei der Urteilsfindung über die Wettbewerbswidrigkeit einer Handlung berücksichtigt. Das Interesse der Allgemeinheit am Schutz einer bestimmten Branche, beispielsweise dem "institutionellen Schutz des Pressewesens"⁵¹⁰⁾ und dem "Bestand und der Funktionsfähigkeit der Meinungsforschungsinstitute"⁵¹¹⁾ wurde oftmals bei der Bewertung einer Wettbewerbshandlung berücksichtigt.⁵¹²⁾ Zu fragen ist deshalb, ob ein öffentliches Interesse am Schutz des mittelständischen Handels als Bewertungsfaktor in die Abwägung einzubeziehen ist. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung insbesondere im Zusammenhang mit dem Verschenken von Waren die wirtschaftspolitische Überlegung angestellt, ob nicht ganz allgemein kleinere und schwächere Mitbewerber vor Werbemaßnahmen geschützt werden müßten, denen sie sich nicht anschließen könnten.⁵¹³⁾

- 510) BGH GRUR 56,223(225) "Freiburger Wochenbericht"
BGH GRUR 69, 287(290) "Stuttgarter Wochenblatt I", BGH GRUR 71, 477 (478) "Stuttgarter Wochenblatt II",
511) BGH GRUR 73,268 (269) "Verbraucher-Briefumfrage",
512) Kraft, "Die Berücksichtigung." a.a.O.S.223 (230,231);
513) BGHZ 23,365(371) "Suwa", neuerdings BGH GRUR 74,156 (157) "Geld-Gewinnspiel",

Die Einbeziehung wirtschaftspolitischer Überlegungen hat auch im Schrifttum teilweise Zustimmung gefunden.⁵¹⁴⁾

Wie im Nachfolgenden noch zu begründen sein wird, muß jedoch der Umstand, daß die Werbung mit dem Angebot von Waren unter Einstandspreis "mittelstandsfeindlich" ist und kleinere, kapital-schwächere Mitbewerber benachteiligt, bei Prüfung der Lauterkeit der Werbemethode außer Betracht bleiben.

Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb ist wirtschafts- und gesellschaftspolitisch neutral. Es trifft keine Unterscheidung bei der Beurteilung des Verhaltens danach, ob es sich um große oder kleine Unternehmen handelt. Kapitalkräftige Konzerne und kleinere Mittelbetriebe sind vielmehr vor dem Gesetz gleich. Die Art und Größe des Unternehmens darf deshalb weder zu Gunsten noch zum Nachteil des Wettbewerbers eine Rolle spielen.⁵¹⁵⁾

Der strukturpolitische Schutz einer Gruppe auf Kosten anderer widerspricht dieser wettbewerbsrechtlichen Neutralität des UWG, weil dieses dem Schutz sämtlicher Mitbewerber dient und weder ein Schutzgesetz für bestimmte Gruppen des wirtschaftlichen Wettbewerbs noch ganz allgemein ein Schutzgesetz für sozial Schwächere ist.⁵¹⁶⁾

514) Joerges, a.a.O. S. 421(467); Lutz, "Wettbewerbsregeln.."a.a.O. S.49(52); Sack,"§ 1 UWG.."a.a.O. S. 251(253); differenzierend Lehmann, a.a.O. S. 321(328);

515) vgl. auch Kraft, "Die Berücksichtigung.."a.a.O. S. 223 (231-234);

516) Hamann, S. 31; Harder, a.a.O.S. 439(442); Krieger, a.a.O. S. 511(513,516); Samwer, a.a.O.S.326(329); Schriker, "Entwicklungstendenzen.."a.a.O.S.579 (581); Rödding, a.a.O. S.1877(1881);

c) Eigene Stellungnahme :

Einschränkung der Werbeaufwendungen und Schutz des Mittelstandes sind wirtschafts- politische Zielsetzungen, deren Verwirklichung dem Gesetzgeber obliegt. Im Rahmen des § 1 UWG hingegen sind strukturpolitische Gesichtspunkte zu Gunsten einzelner am Wettbewerb beteiligter Kreise, hier beispielsweise des Mittelstandes oder allgemein der schwächeren Mitbewerber unzulässig, da das UWG dem Schutz sämtlicher Wettbewerber dient und nicht einzelne Unternehmensformen besonders bevorzugt.⁵¹⁷⁾

- aa) Die von v. Sack⁵¹⁸⁾ im Rahmen des § 1 UWG befürwortete Rechtsfortbildung auch auf dem Gebiet der Wirtschaftspolitik, hier also ein besonderer Schutz des Mittelstandes, ist unzulässig. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, Wirtschaftspolitik zu betreiben. Damit würden dem Richter Befugnisse zugebilligt, die wegen ihrer Tragweite allein dem Gesetzgeber zustehen. In diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, daß nicht einmal der Gesetzgeber auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts in seinen Entscheidungen frei ist. Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach betont, daß der Begünstigung einer bestimmten Bevölkerungsgruppe im Wirtschaftsrecht auch durch den Gesetzgeber Grenzen gesetzt sind. Regelungen zu Gunsten einer Gruppe sind nur zulässig bei vernünftigen Gründen. Die besondere Bevorzugung muß einer an der Gerechtigkeitsidee orientierten Betrachtungsweise entsprechen, bei der zahlreiche ver-

517) Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 68, 355, GRUR 74, 456 (457);

Rödding, a.a.O. S. 1877 (1881);
518) § 1 UWG und...a.a.O. S. 251(253);

fassen rechtliche Überlegungen, wie Berufung, Gleichheitsgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten sind.⁵¹⁹⁾ Ein besonderer wettbewerblicher Schutz des kapitalschwächeren Mittelstandes bedarf daher einer ausdrücklichen gesetzlichen Legitimation.

bb) Es wird immer wieder darauf hingewiesen, daß die Lockvogelwerbung kleinere und mittlere Handelsbetriebe gefährdet, die nicht in gleichem Maße einige Waren im Preis reduzieren können. Die Frage, ob dies aus "strukturpolitischen Gründen" mit Hilfe des Wettbewerbsrechts unterbunden werden kann⁵²⁰⁾, weil der mittelständische Handel diese Werbung mit Verlustkalkulation nicht mitmachen kann⁵²¹⁾, muß verneint werden. Wenn auch die Gerichte oftmals Wirtschaftspolitik, ja sogar Mittelstandspolitik betrieben haben⁵²²⁾, so liegt dies doch außerhalb des Wertungsbereichs des UWG. Allgemeine wirtschaftspolitische Überlegungen dürfen bei der Rechtsfindung im⁵²³⁾ Rahmen des § 1 UWG nicht herangezogen werden

- 519) BVerfG NJW 61, 1107 (1109); BVerfG NJW 71, 1255 ff.;
 520) Holz, a.a.O. S. 97;
 521) Krieger, a.a.O. S. 511 (512);
 522) Rinck, a.a.O. S. 151 (164); Kraft, "Die Berücksichtigung," a.a.O. S. 223 (230, 231); Baumbach-Refernehl, Einl. Rdz. 104; Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz WRP 68, 355, GRUR 74, 456; v. Gamm, "Die Grenzen," a.a.O. S. 1 (2); v. Godin, "über den," a.a.O. S. 127 (130); Harder, a.a.O. S. 439 (442); Hohenecker-Friedl, S. 16; Kraft, "Die Berücksichtigung," a.a.O. S. 223 ff. Meyer-Cording, a.a.O. S. 399 (403); Rödding, a.a.O. S. 1377 (1881); Samwer, a.a.O. S. 326 (350); Schwartz, a.a.O. S. 333 (343); Seydel a.a.O. S. 23 (26); Würdinger, a.a.O. S. 71 (78); BGH GRUR 58, 557 (558) "Direktverkauf"; BGH GRUR 57, 365 (368) "Suwa"; BGH GRUR 65, 429 (491) "Klecnex"; vgl. dazu auch den auf S. 39 zitierten Erlaß des Reichswirtschaftsministeriums v. 4.3.1935; ⁵²³⁾ ~~Leipziger~~ ^{Leipziger} ~~Zeitung~~ ^{Zeitung} ~~1935~~ ¹⁹³⁵ ~~43~~ ⁴³ (45).

Es kann v. Sack nicht gefolgt werden, der behauptet, der Schutz des Mittelstandes habe im geltenden Recht bereits seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden und sei deshalb nicht mehr nur ein wirtschaftspolitischer Wunsch, sondern Norm gewordene politische Wertung des Gesetzgebers.⁵²⁴⁾ Richtig ist zwar, daß durch die zweite Novellierung des GWB auch die Wettbewerbsbedingungen für kleinere und mittlere Unternehmen spürbar verbessert werden sollten. Zur Verwirklichung dieses Zieles waren aber nur vorgeschlagen: Kooperationserleichterungen für kleinere Unternehmen (§§ 5 b und 28 GWB), verschärfte Mißbrauchsaufsicht über Ausschließlichkeitsverträge (§ 18 GWB), verbesserte Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (§22 GWB) sowie die vorbeugende Fusionskontrolle.

Aus diesen einzelnen, sich auf konkrete Sachverhalte beschränkenden Gesetzesänderungen im Kartellrecht kann aber kein allgemeines Rechtsprinzip des Mittelstandschutzes hergeleitet werden, das auch bei nur vom UWG erfaßten Tatbeständen zu berücksichtigen ist. Wollte man jede Wettbewerbshandlung darauf prüfen, ob sie "mittelstandsfeindlich" ist, so würde dies zu einer nicht begrenzbaren Ausuferung des Unlauterkeitsprinzips und zu einem Schutz des Mittelstandes weit über das Maß hinausführen, das der Gesetzgeber selbst diesem zuteil werden ließ.

524) "Zur Zulässigkeit von".S.65(71-74);

Die zweite Novelle des GWB dient keineswegs einer umfassenden Schutz des Mittelstandes in sämtlichen Wettbewerbsfragen. Die Aufhebung der Preisbindung der zweiten Hand beispielsweise ist ⁵²⁴⁾ alles andere, als eine "mittelstandsfreundliche" Maßnahme. Eine dadurch bewirkte Beeinträchtigung des mittelständischen Fachhandels wird in der Begründung zu § 16 GWB ausdrücklich in Kauf genommen:

"Der leistungsfähige mittelständische Einzelhandel wird sich auch ohne Preisbindung behaupten können....Selbst wenn es dazu kommen sollte, daß Erlöseinbußen bei früher preisgebundenen Markenartikeln durch Mischkalkulation weitgehend ausgeglichen werden, so wird durch Abschaffung der Preisbindung die wettbewerbliche Preisbildung tendenziell gefördert."⁵²⁴⁾

Genereller Mittelstandsschutz im Wettbewerbsleben ist daher auch nach der Änderung des GWB keineswegs Norm gewordene politische Wertung des Gesetzgebers.

Ebensowenig trifft die von v. Sack aufgestellte Behauptung zu, die Absicht des Gesetzgebers, den Mittelstand zu schützen, habe sich auch im UWG selbst niedergeschlagen.⁵²⁵⁾ Richtig ist zwar, daß die Entwürfe eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 30.11.1967 (BT-Drucksache 2324 alt) und vom 7.3.1968 (BT-Drucksache 2324 neu) eindeutig mittelstandspolitisch motiviert waren.

524) BT-Drucksache 7/765; Bericht der Abgeordneten Dr. Frerichs und Dr. Jens;
525) "Zur Zulässigkeit von...." S. 65 (71-74);

Im Gesetz vom 26. Juni 1969 zur Änderung des UWG fanden Kalkulationsmerkmale, die Angebote unter Einstandspreis zu Gunsten des mittelständischen Handels verhindert hätten, in den Gesetzestexten jedoch keinen Eingang.

Die Änderung des § 3 UWG hatte, wie vom Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages eindeutig erklärt wurde, ausschließlich den Schutz des Verbrauchers vor Irreführung zum Ziel.⁵²⁶⁾ Dem Ziel der ursprünglichen Entwürfe, Werbung mit Angeboten unter Einstandspreis zum Schutz des Mittelstandes schlechthin zu untersagen, wurde also gerade nicht Rechnung getragen. Daß auch der Entwurf eines 9. Gesetzes zur Änderung des UWG wiederum zum Schutz des Mittelstandes die Werbung mit dem Angebot von Waren unter Einstandspreis unterbinden will, kann nicht zur Begründung dafür herangezogen werden, im UWG habe die Absicht des Gesetzgebers, den Mittelstand zu schützen, ihren Ausdruck gefunden. Gerade wegen seiner strukturpolitischen Zielsetzung wird auch dieser Entwurf heftig kritisiert.⁵²⁷⁾

Eine Norm gewordene politische Entscheidung des Gesetzgebers, der Mittelstand müsse vor Werbemaßnahmen größerer Konkurrenten geschützt werden, besteht demnach nicht. Deshalb ist es auch nicht Aufgabe der Gerichte, mittels entsprechender Auslegung des Begriffs der guten Sitten den Mittelstand vor unbequemer Reklame der großen Unternehmen zu schützen. Die Unterlegenheit mittelständischer Unternehmen im

526) BT-Drucksache V/ 4035 GRUR 69,338(339); S.41-

527) 49;
Seite 44,45;

Werbekampf kann bei der Auslegung des § 1 UWG nicht berücksichtigt werden. Vor dem Gesetz sind alle Wettbewerber gleich; niemand kann wegen seiner Rechtsform, seiner Größe oder der Art seines Unternehmens bei der Verfolgung seiner Interessen bevorzugt oder benachteiligt werden.⁵²⁸⁾ Ein besonderer Schutz des Mittelstandes liegt außerhalb des Gesetzeszwecks des § 1 UWG.

d) Ergebnis :

Wirtschafts- und strukturpolitische Überlegungen wie der Schutz schwächerer Wettbewerber oder der Schutz des Mittelstandes, sind deshalb keine bei der Interessenbewertung zu berücksichtigende öffentliche Belange. Es ist Aufgabe der Wettbewerbspolitik, den Wettbewerb durchzusetzen und vor Vernichtung zu schützen. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ist Schutzobjekt des GWB⁵²⁹⁾ und nicht des § 1 UWG. Es ist unzulässig, nach Aufhebung der Preisbindung mit Hilfe des UWG versuchen zu wollen, die Unterschreitung gewisser Preisuntergrenzen zu verhindern. Diese vom Gesetzgeber nun einmal getroffene rechtspolitische Entscheidung kann nicht auf diesem Weg korrigiert werden.⁵³⁰⁾

528) Kraft, "Die Berücksichtigung..." a.a.O.S. 223 (231-236); vgl. auch OLG Hamburg WRP 63, 164 (167);
529) BT-Drucksache VI / 2520 S. 15, 34;
530) vgl. dazu Hiersemann, a.a.O. S. 33 (37) einerseits, Kraft, "Unlauterer..." a.a.O.S. 83 (86) andererseits

3.) Angebot unter Einstandspreis - Verstoß
gegen betriebs- und volkswirtschaftliche
Grundsätze ?

a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Gegen die Zulässigkeit einer Werbung mit dem Verkauf unter Einstandspreis wird geltend gemacht, sie sei volks- und betriebswirtschaftlich unerwünscht. Kein Betrieb könne auf Dauer bestehen, wenn Waren ohne Gewinn verkauft würden.⁵³¹⁾

Die Rechtsprechung hat oftmals die Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbshandlung damit begründet, daß eine Werbemaßnahme kaufmännisch unvernünftig ist oder die Gesamtheit mit unnützen Werbekosten belastet. In der "Lockenwickler"-Entscheidung führt das Reichsgericht aus⁵³²⁾, die unentgeltliche Warenabgabe sei ein Werbemittel, das nicht nur gegen die "Gebote einer vernünftigen kaufmännischen Geschäftsführung" verstoße, sondern zugleich eine Maßnahme, die den Warenabsatz mit Aufwendungen belaste, die die Gesamtheit zu tragen habe. In der "Persil"-Entscheidung⁵³³⁾ wird untersucht, ob nach der Anschauung der beteiligten Verkehrskreise eine Werbung "sachlich und wirtschaftlich vernünftig ist," oder ob sie zu einer unangemessenen, übertriebenen Belastung der Wirtschaft führt und damit den Belangen der Allgemeinheit widerspricht. Auch in der "Diamantine"-Entscheidung⁵³⁴⁾ wird untersucht, ob eine "vernünftige geschäftliche Werbung"

531) Becher, a.a.O. S. 297(299); Benisch, a. a.O. S. 421 (431); Hiersemann, a.a.O. S. 33(37);

532) vgl. auch Merkel, a.a.O.S.92;

533) RGZ 160, 385 (388);

534) RG GRUR 36, 207 (209);

RG GRUR 36, 810(811);

vorliegt und keine "unangemessene übertriebene Belastung der Wirtschaft". Im Zusammenhang mit einer Preisunterbietung hat das Reichsgericht ausgeführt, daß es nicht gegen die Grundsätze lauterer Wettbewerbs verstößt, wenn ein Geschäftsmann den Preis verlangt, der ihm noch "einen nach gesunden wirtschaftlichen Grundsätzen ausreichenden Gewinn bietet" 535)

b) Heutiger Meinungsstand

Der Bundesgerichtshof hat anfänglich Werbemaßnahmen für unzulässig erklärt, wenn diese nach Ansicht der beteiligten Verkehrskreise unter Berücksichtigung der Belange der Allgemeinheit nicht mehr "sachlich und wirtschaftlich vernünftig" 536) oder "volkswirtschaftlich unerwünscht" 537) waren. Auch im Schrifttum wird teilweise ausgeführt, der Wettbewerber müsse seinem Preis eine "ordentliche Kalkulation" zugrundelegen, ein Absatz nach "ganz unwirtschaftlichen und unkaufmännischen Gesichtspunkten" sei unlauter. 538) Gerade der Verkauf unter Einstandspreis verstoße gegen die "Gebote vernünftiger kaufmännischer Betriebsführung", belaste die Allgemeinheit mit Aufwendungen, sei "volkswirtschaftlich bedenklich" und führe zu einer "volkswirtschaftlich unerwünschten Veränderung der Marktstruktur". 539)

535) RG GRUR 38, 127(128);

536) BGH GRUR 56, 223 (225) "Anzeigenblatt";

537) BGHZ 15, 356 (371) "Progressive Kundenwerbung

538) Benisch, a.a.O. S. 421 (433); Möhring, a.a.O. S. 493(501);

539) Becher, a.a.O.S. 297(299); Benisch, a.a.O.S. 421(431); Lutz, a.a.O. S. 49(54); volkswirtschaftliche Überlegungen auch bei Franzen, a.a.O. S. 741 (746) und Kisseler, a.a.O.S. 649(650);

In der "Kleenex-Entscheidung"⁵⁴⁰⁾ bezeichnet es der BGH als unbeachtlich für das Unrechtsurteil nach § 1 UWG, ob die Werbung objektiv gegen anerkannte betriebswirtschaftliche Grundsätze verstößt oder sich der Wettbewerber dadurch selbst schädigt. In zahlreichen Urteilen wird ebenfalls ausgeführt, die wirtschaftliche Vernünftigkeit und der volkswirtschaftliche Effekt einer Werbung, auch einer Preisunterbietung, seien für die rechtliche Beurteilung nach § 1 UWG unerheblich, mögen auch deren Folgen für die Mitbewerber und die Allgemeinheit unerwünscht oder sogar schädlich sein.⁵⁴¹⁾

Im Schrifttum wird überwiegend die Heranziehung von betriebs- und volkswirtschaftlichen Überlegungen zur Bewertung einer Wettbewerbsbehandlung abgelehnt.⁵⁴²⁾

c) Die Sachwidrigkeit betriebs- und volkswirtschaftlicher Überlegungen

Die Beurteilung einer Werbehandlung danach, ob sie "sachlich vernünftig" ist, "allgemein gültigen Grundsätzen kaufmännischer Betriebsführung" nicht widerspricht oder

- ⁵⁴⁰⁾ BGH GRUR 65, 489(490,491);
⁵⁴¹⁾ OLG Hamburg WRP 63, 164 (167); OLG Bamberg, WRP 70, 395(396); OLG Oldenburg WRP 60, 19(21);
⁵⁴²⁾ Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 104; Burmann, Wettbewerbsrecht S. 258, 265; Döll, a.a.O. S. 173 (175); Fikentscher, "Die Preisunterbietung.."a.a.O. S. 201(205); Kraft "Interessen" S. 248; Kraft, "Die Berücksichtigung.."a.a.O. S. 223(236); Meyer-Cording, a.a.O. S. 273(276); Nastelski, "Schutz der.."a.a.O. S. 322(325); Rödding, a.a.O. S. 1877(1880); Samwer, a.a.O. S. 326 (329); Schwartz, a.a.O. S. 333(343); Seydel, a.a.O. S. 83(84); Ulmer-Reimer, "Das Recht..."Bd. III Rdz. 917; Würdinger, a.a.O. S. 71(76);

"volkswirtschaftlich bedenklich" ist, entspricht nicht dem Aufgabenbereich des § 1 UWG.

Zunächst einmal ist es nicht Angelegenheit des Wettbewerbsrechts, den Kaufmann vor kaufmännisch unvernünftigen Werbeaufwendungen, ihn also vor Folgen beruflicher Fehlleistungen zu schützen.⁵⁴³⁾ Auch sind Gerichte kaum kompetent genug zu beurteilen, ob Werbeaufwendungen "sachlich und wirtschaftlich" vernünftig sind, zumal sich Erfolg oder Mißerfolg des Werbeaufwandes erst in der Zukunft herausstellen werden.

Derartige Überlegungen liegen außerhalb des Schutzzwecks des UW, das nicht den Kaufmann vor sich selbst, sondern die Mitbewerber und die Allgemeinheit vor unlauterem Wettbewerb schützen soll.

Ob eine Handlung betriebswirtschaftlich sinnvoll ist, hat mit ihrer juristischen Bewertung als "unlauter" nichts zu tun.

Ebensowenig ist es im Rahmen des § 1 UWG ein rechtlich relevanter Gesichtspunkt, daß der fehlende Gewinn - ebenso wie beim Verschenken der Ware - beim Verkauf anderer Güter ausgeglichen werden muß, wodurch die Allgemeinheit mit erheblichen Aufwendungen belastet wird.⁵⁴⁴⁾

Jeder Werbeaufwand, gleichgültig in welcher Form sich die Werbung abspielt, wird vom Kunden bezahlt. Demnach müßte jede aufwendige Werbung untersagt werden, weil die Allgemeinheit deren Kosten zu tragen hat.⁵⁴⁵⁾

543) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 104; Kraft, "Interessen..." S. 248, 249; Rödding, a.a.O. S. 1877 (1880)
544) RGZ 160, 385 (388) "Lockenwickler";
545) Würdinger, a.a.O. S. 71, 76;

Die Beschränkung des Werbeaufwandes ist eine wirtschaftslenkende und wirtschaftspolitische Maßnahme, die nicht dem Gericht im Rahmen einer Beurteilung nach § 1 UWG obliegt⁵⁴⁶⁾, sondern allein Aufgabe der Wirtschaftsgesetzgebung ist.

d) Ergebnis:

Die im vorangehenden Abschnitt angesprochenen betriebs- und volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte liegen außerhalb des Wertungsbereichs des § 1 UWG, entsprechen keinen gesetzlich normierten Zielen, die auch für § 1 UWG relevant sein könnten und scheiden deshalb als Bewertungsfaktoren aus.

4.) Angebot unter Einstandspreis - unzulässig wegen der Gefahr der Nachahmung ?

a) Die Rechtsprechung

Gegen den Verkauf unter Einstandspreis wird vorgebracht, er sei auch deswegen unzulässig, weil er die Konkurrenz zur Nachahmung zwingt.⁵⁴⁷⁾

Seit der "Diamantine-Entscheidung"⁵⁴⁸⁾ vertrat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, ein wettbewerbliches Verhalten, das ansonsten nicht sittenwidrig sei, könne es aber dadurch werden, daß es die Konkurrenz zur Nachahmung nötige und dies eine Übersteigerung des Wettbewerbs zur Folge habe.

Auch der Bundesgerichtshof sieht eine

546) Kraft, "Die Berücksichtigung.."a.a.O.S. 223(226) Würdinger, a.a.O. S.71(75); BGH GRUR 65,487

547) Hiersemann, a.a.O. S. 33(36); Lutz, "Wettbewerbsregeln.."a.a.O.S. 49(54); Markenverband, "Verbot der.."a.a.O. S. 337(338); Martino, "Das Lockvogelurteil.."a.a.O. S. 594(599); Mellerowicz, "Die wirtschaftliche.."a.a.O.S.43 (57); LG Wiesbaden BB 68, 314(315);

548) RG GRUR 36,818(812);

Werbemethode dann als unlauter an, wenn sie den Keim zu einem immer weiteren Umsichgreifen in sich trägt und dies zu einer Übersteigerung des Wettbewerbs führt, weil die Mitbewerber aus Wettbewerbsgründen gezwungen sind, diese Werbemethode nachzuahmen.⁵⁴⁹⁾ Dieser Gesichtspunkt wurde zunächst zur Begründung der Unlauterkeit des Verschenkens von Originalware verwendet und später dann auf alle neuen Wettbewerbsmethoden⁵⁵⁰⁾, insbesondere auch bei kostenlosen Leistungen an den Kunden, ausgedehnt. Danach kann auch ein grundsätzlich zulässiges Werbemittel, das die Mitbewerber zur Nachahmung veranlaßt, durch seine gesteigerte Anwendung zum Übermaß und durch diese "gemeinschaftlichen Auswüchse" im Wettbewerb unlauter werden.⁵⁵¹⁾

b) Die Irrelevanz der Nachahmungsgefahr

Der Heranziehung der "Nachahmungsgefahr" und "Übersteigerungsgefahr" zur Begründung des Unwerturteils kann indessen nicht zugestimmt werden, was im Nachfolgenden begründet werden soll.

549) BGH GRUR 57, 134 (135) "Suwa"; BGH GRUR 60, 431 (432) "Kfz-Mummernschilder"; BGH GRUR 67, 430 (431) "Grabsteinaufträge" BGH NJW 72, 191 (293) "Kehrwert-Linie"; BGH WRP 72, 366 (369) "Kundeneinzelbeförderung";

550) BGH GRUR 69, 474 (476) "Bierbezug"; BGH WRP 70, 305 (306) "Telephonwerbung";

551) Baumbach-Hefermehl, Einl. Rdz. 95;

Eine Wettbewerbsbehandlung ist entweder zulässig oder unzulässig. Die bloße Vervielfältigung einer wenn auch unerwünschten Handlung kann nicht dazu führen, der Einzelmaßnahme den Charakter der Sittenwidrigkeit zu verleihen.⁵⁵²⁾

Es wird nicht mehr der konkrete Einzelfall beurteilt, sondern die Wettbewerbsbehandlung wird in eine noch nicht eingetretene hypothetische Situation gesetzt und von dort aus betrachtet. Die Projektion einer möglichen Zukunftsentwicklung auf den jetzt zu beurteilenden Sachverhalt ist aber unzulässig. Es läßt sich logisch nicht begründen, warum und bei der wievielten möglichen späteren Wiederholung die ansich gegenwärtig zulässige Wettbewerbsbehandlung bereits jetzt unzulässig werden soll.⁵⁵³⁾

Wenn die Nachahmungs- und Übersteigerungsgefahr als unlauterkeitsbegründendes Merkmal herangezogen wird, so bedeutet dies im Zusammenhang mit Gesichtspunkten wie "gemeinschaftsschädigende Störung des Wettbewerbs", "wettbewerbslich untragbare Marktsituation" und "Beunruhigung des wirtschaftlichen Lebens" nichts anderes als die Einbeziehung wirtschafts- und werbepolitischer Überlegungen in das Unwerturteil. Dem § 1 UWG kommt nur die Aufgabe zu, unlauteren Mitteln und Methoden des Wettbewerbs entgegenzutreten; diese Vorschrift knüpft das rechtliche Unwerturteil nicht an den eintretenden Erfolg, wenn dieser

⁵⁵²⁾ Döll, a.a.O. S. 173(174); Harder, "Zum Unwerturteil." a.a.O. S. 439 (441);
⁵⁵³⁾ von Godin, "Über den Verstoß." a.a.O. S. 127, (130); Rödding, a.a.O. S. 1377 (1382);

nicht mit wettbewerbswidrigen Mitteln erzielt wird.⁵⁵⁴⁾ Unerwünschte Ergebnisse und Auswirkungen einer Wettbewerbshandlung dürfen deshalb grundsätzlich nicht zur Bewertung von Interessen im Rahmen des § 1 UWG herangezogen werden. Andernfalls würde nicht mehr nur sittenwidriger, sondern bereits der lediglich seiner Folgen wegen unerwünschte Wettbewerb verboten.

Das ist aber nicht Aufgabe des UWG.⁵⁵⁵⁾ Die Auswirkung einer Wettbewerbshandlung kann allenfalls dann für das Unwerturteil über die Handlung selbst herangezogen werden, wenn sich die Folge unmittelbar aus der Handlung selbst ergibt, ohne daß noch der Marktmechanismus zum Tragen kommt.⁵⁵⁶⁾

Tritt der Erfolg einer Werbung erst mittelbar ein, wie bei der Nachahmung durch die freie Entscheidung der Mitbewerber, sich dieser Werbehandlung anzuschließen, dann fehlt der unmittelbare Bezug der Wettbewerbshandlung zu dem später eingetretenen Erfolg. Die Nachahmungsgefahr kann nicht als "Generalklausel gegen neuartige Werbemethoden"⁵⁵⁶⁾ zur Bewertung der von einer Wettbewerbshandlung betroffenen Interessen herangezogen werden.⁵⁵⁷⁾

554) EGH GRUR 65, 487 (491) "Kleenex";

555) Kraft, "Die Berücksichtigung..." a.a.O. S. 223 (236, 237, 238);

556) Rödding, a.a.O. S. 1877 (1881);

557) Döll, a.a.O. S. 173 (174); Godin, "Über den Verstoß..." a.a.O. S. 127 (130); Harder, "Zum Unwerturteil..." a.a.O. S. 439 (441); Kraft, "Die Berücksichtigung..." a.a.O. S. 223 (238); Rödding, a.a.O. S. 1877 (1881); Seydel, a.a.O. S. 83 (85); OLG Hamburg WRP 63, 164 (167);

c) Nachahmungsgefahr beim Angebot unter Einstandspreis ?

Auch wenn man entgegen der hier vertretenen Meinung die Nachahmungsgefahr und die damit verbundene Übersteigerung des Wettbewerbs als unlauterkeitsbegründendes Merkmal anerkennt, dann ist beim Angebot unter Einstandspreis hinsichtlich dieses Gesichtspunktes folgendes zu beachten:

- aa) Jede erfolgreiche Werbung, insbesondere jede Preisunterbietung kann zur Folge haben, daß sich die Konkurrenz diese Werbung zu eigen macht.⁵⁵⁸⁾ Obwohl jede Preisunterbietung die Gefahr der Nachahmung in sich birgt hat gleichwohl die Rechtsprechung diese nie unter dem Gesichtspunkt der Nachahmungsgefahr für unzulässig erklärt, sondern immer wieder betont, daß Preisunterbietungen alltägliche und ohne das Vorliegen besonderer Umstände nicht sittenwidrige wettbewerbliche Maßnahmen sind.⁵⁵⁹⁾ Deswegen kann auch bei dem Angebot unter Einstandspreis als nur besonders intensiver Form der Preisunterbietung die "Nachahmungsgefahr" nicht im Gegensatz zu sonstigen Preisunterbietungen als unlauterkeitsbegründendes Merkmal herangezogen werden.
- bb) Eine Nachahmungsgefahr im Sinne der Rechtsprechung liegt nur vor, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, daß wegen des großen Erfolgs der Werbung die

558) Döll, a.a.O. S. 173 (176); v. Harder, "Zum Unwerturteil." a.a.O. S. 439(442); Seydel, a.a.O. S. 83(85);

559) BGH WuW 55, 118 (122) "Händler Rabatt"; BGHZ 28, 54(60) "Direktverkauf"; weitere Nachweise S. 4, 5;

Mitbewerber zum Mitziehen genötigt sind.⁵⁶⁰⁾
 Außerdem ist erforderlich, daß durch die Nachahmung "die ernstliche Gefahr einer erheblichen Schädigung der Interessen der Allgemeinheit" hervorgerufen wird oder sie "eine erhebliche Behinderung der Mitbewerber" zur Folge hat und somit eine "ernstliche Gefahr für den Leistungswettbewerb" besteht.⁵⁶¹⁾

Eine solch "hohe Wahrscheinlichkeit" dafür, daß die Mitbewerber ebenfalls unter Einstandspreisen anbieten, kann keineswegs unterstellt werden. Die Mitbewerber können zwar in diesen Preis einsteigen. Sie können aber auch andere Waren werbewirksam in ihren Preisen so senken, daß sie noch kostendeckend verkaufen können. Außerdem können sie versuchen, durch andere Werbemaßnahmen den Werbeeffect des Anbieters auszugleichen. Wegen dieser Vielzahl der dem Mitbewerber möglichen Reaktionen ist die Nachahmungsgefahr also nicht sicher vorhersehbar.⁵⁶²⁾

Eine "Nachahmungsgefahr" kann um so weniger angenommen werden, je mehr die Werbemaßnahme durch Nachahmen seitens der Mitbewerber ihre Werbekraft einbüßt.⁵⁶³⁾ In der "Künstler-Postkarten"-Entscheidung⁵⁶⁴⁾ hat der BGH beispielsweise eine Nachahmungsgefahr mit der Begründung verneint, werde der in Betracht kommende Verbraucherkreis mit einer Vielzahl unbestellter Postkarten versorgt, so sei diese Werbemethode für den Anbieter unrentabel und biete daher kaum Anreiz für weitere Nachahmungen.

⁵⁶⁰⁾ Baumbach-Refermehl, Einl. Rdz. 94;

⁵⁶¹⁾ BGHZ 43, 278 (282) "Kleenex"; BGH GRUR 71, 322 (323) "Lichdi-Center"; BGH NJW 72, 291 (293) "Kundeneinzelbeförderung"; Baumbach-Refermehl, Einl. Rdz. 94; Reimer, Wettbewerbsrecht 33. Kap. Rdz. 4;

⁵⁶²⁾ Fikentscher, "Die Preisunterbietung." a.a.O.S. 201 (204); LG Hannover WRP 73, 551 (553);

⁵⁶³⁾ Fikentscher, "Die Preisunterbietung." a.a.O.S. 201 (204); Martino, "Lockvogelwerbung..." a.a.O.S. 225 (226);

⁵⁶⁴⁾ BGH GRUR 50, 277 (279); vgl. auch BGH GRUR 69, 295 (297) "Goldener Oktober"; Baumbach-Refermehl, Einl. Rdz. 94;

Dieser Gesichtspunkt ist auch gerade bei Preisunterbietungen zu berücksichtigen. Der Erfolg kann dann ausbleiben, wenn zuviele Konkurrenten mit gleichem Kundeneinzugsbereich von diesem Werbemittel Gebrauch machen. Der Werbeeffect des Angebots unter Einstandspreis lohnt sich nur, wenn die Ware nicht an vielen Stellen unterhalb des üblichen Preises zu haben ist. Geschäftlichen Erfolg kann solches Unterbieten nur kraft seines Seltenheitswertes haben.⁵⁶⁵⁾

Außerdem ist das Angebot unter Einstandspreis nur rentabel, wenn die dadurch entstehenden Verluste durch erhöhten Umsatz anderer Waren kompensiert werden. Ist das Angebot, um eine Irreführungsgefahr auszuschließen, als "Sonderangebot" gekennzeichnet, dann besteht die Gefahr einer verstärkten Nachfrage nach diesem Artikel, ohne daß jedoch sicher ist, daß die hierdurch entstehenden Einbußen durch andere Artikel ausgeglichen werden. Für jeden Händler stellt sich also gesondert die Frage, ob die erhoffte Werbewirkung ausreicht, diese Verluste auszugleichen.⁵⁶⁶⁾

- cc) Wenn trotz dieser Bedenken gleichwohl die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, daß sich im konkreten Einzelfall die Mitbewerber dem Angebot unter Einstandspreis anschließen, dann ist vom Ausgangspunkt der Rechtsprechung weiterhin noch zu prüfen, ob

⁵⁶⁵⁾ Isay, "Preisbindung".a.a.O. S. 166(171) ;
⁵⁶⁶⁾ Martino, "Lockvogelwerbung".a.a.O.S.295(286
BGN GRUR 70,33 (35) "Lockvogel";

dadurch eine "ernstliche Beeinträchtigung des Leistungswettbewerbs" zu befürchten ist. Bei der kostenlosen Kundenbeförderung zum Ausgleich von Standortnachteilen wurde dies beispielsweise verneint.⁵⁶⁷⁾ Auch in der "Modenschau"-Entscheidung⁵⁶⁸⁾ konnte sich der Bundesgerichtshof nicht dem Parteivorbringen anschließen, eine Nachahmung der dort beanstandeten Werbehandlung werde den betroffenen Wirtschaftszweig in der Stadt ins "Chaos" stürzen.

Auch wenn Mitbewerber ebenfalls den ein oder anderen Artikel unter Einstandspreis anbieten, dann führt dies zu keiner "erheblichen Schädigung der Interessen der Allgemeinheit" oder einer nicht mehr wettbewerbs eigenen "erheblichen Behinderung der Mitbewerber". Wie an anderer Stelle ausgeführt, ist die Absatzbeeinträchtigung kleiner und mittlerer Unternehmen durch intensive Werbung kapitalkräftiger Konkurrenz kein Verstoß gegen im Wertungsbereich des UWG liegende "öffentliche Belange". Preisunterbietungen liegen im Interesse der Verbraucher. Sie stellen auch keine wettbewerbswidrige Behinderung der übrigen Mitbewerber dar, da im Konkurrenzkampf des Handels unterschiedliche Preise ein wirksames und zulässiges Werbemittel sind.

Der Verkauf von Waren unter Einstandspreis zu Werbezwecken trägt daher nicht grundsätzlich, sondern allenfalls in Sonderfällen eine nach den Grundsätzen der Rechtsprechung relevante Nachahmungsgefahr in sich.⁵⁶⁹⁾

⁵⁶⁷⁾ BGH NJW 72, 291(293) "Kundeneinzelbeförderung";

⁵⁶⁸⁾ BGH GRUR 59, 544 (546) "Modenschau";

⁵⁶⁹⁾ Baumbach-Hefernohl, § 1 Rdz. 195; BGH GRUR 70, 33 (35) "Lockvogel"; Droste, Anm. z.U. des BGH vom 17.9.1969 a.a.O. S. 35; Jsay, "Preisbindung" a.a.O. S. 166 (171);

d) Ergebnis

Nach der hier vertretenen Ansicht scheidet die Nachahmungsgefahr schon aus grundsätzlichen Erwägungen als Bewertungsfaktor aus. Auch die Rechtsprechung kann nach den von ihr aufgestellten Grundsätzen die Nachahmungs- und Übersteigerungsgefahr bei der Werbung mit dem Angebot von Waren unter Einstandspreis grundsätzlich nicht als negativen Bewertungsfaktor heranziehen.

5) Angebot unter Einstandspreis - unzulässig wegen einer "Marktverstopfung" - ?

a) Allgemeines zur Marktverstopfung

aa) Bei der "Marktverstopfung" handelt es sich um die Auswirkung einer Wettbewerbs-handlung, die nach der Rechtsprechung den Verstoß gegen die "guten Sitten" begründen kann. Eine derartige "Marktverstopfung" liegt dann vor, wenn sich eine Werbung dahin auswirkt, daß der Absatz anderer Mitbewerber vermindert wird, ohne daß diesen die wettbewerbliche Chance verbleibt, sich auf dem Markt einen Ausgleich zu verschaffen. Dies ist der Fall, wenn der Mitbewerber seine Leistung zwar auf dem Markt anbieten kann, sein Angebot jedoch erfolglos bleibt, weil der Markt bereits gesättigt ist und keine Nachfrage mehr besteht.⁵⁷⁰⁾ Vornehmlich die Unlauterkeit des Verschenkens von Originalware wurde unter anderem mit diesem Gesichtspunkt begründet, weil dadurch die normalen Marktbedürfnisse in einem solchen Umfang befriedigt würden, daß mittlere und kleinere Mitbewerber für eine nicht unerhebliche Zeit mangels Bedarfs der Verbraucher auf ihrem

570) Baumbach-Mefermehl; § 1. Rdz. 162, 163; BGHZ 339 (342) "Rasierklängen"; BGH GRUR 57, 363 (364) "Sunil"; BGH GRUR 69, 295 (297) "Goldener Oktober" BGH WRP 74, 547 (550) "Colgate";

bisherigen Absatzgebiet vollständig ausgeschlossen seien. Ihnen werde die Möglichkeit genommen, sich noch weiter am Wettbewerbsleben beteiligen zu können, da der Markt durch das Verschenken der Ware verstopft sei.⁵⁷¹⁾

- bb) Die Ansichten im Schrifttum sind geteilt. Dies hängt mit der außerordentlich umstrittenen Frage zusammen, ob § 1 UWG auch den Bestandsschutz des Wettbewerbs als solchen zum Ziel hat oder ob die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs durch das GWB geregelt ist und das UWG nur die Lauterkeit des Wettbewerbs schützt⁵⁷²⁾ soweit Wettbewerb überhaupt stattfindet. Ist man der Ansicht, die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs sei nicht nur eine im GWB Norm gewordene wirtschaftspolitische Entscheidung des Gesetzgebers, sondern darüber hinaus auch ein im Rahmen des UWG zu beachtendes Rechtsprinzip, dann liegt es nahe, auch die Auswirkungen von Wettbewerbshandlungen darauf zu überprüfen, ob sie zu einer Gefährdung oder gar⁵⁷³⁾ zu einer Aufhebung des Wettbewerbs führen. Eine Marktverstopfung ist nach dieser Ansicht dann nicht nur eine Behinderung der Mitbewerber, sondern zugleich eine Verletzung des öffentlichen Belangs der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs.⁵⁷⁴⁾

- 571) BGHZ 23, 365(372,373) "Suwa"; BGH GRUR 65, 437 (491) "Kleenex";
572) vgl. dazu Fikentscher, "Das Verhältnis von Kartellrecht." a.a.O. S. 181 ff.; Kroitzsch, a.a.O. S. 65 ff.; Sack, "Zur Zulässigkeit." a.a.O. S. 64(71),
573) Baumbach-Hefermehl, Rdz. 66, 80, 110, § 1 Rdz. 163; v. Sack, "Zur Zulässigkeit." a.a.O. S. 65 (71) mwK; BGHZ 43, 278 (284) "Kleenex"; BGH NJW 71, 2025(2026) "Stuttgarter Wochenblatt II";
574) Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdz. 162, 163; BGH NJW 71, 2025(2026) "Stuttgarter Wochenblatt II".

Sieht man hingegen die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs allein als Aufgabe des GWF an, dann kann eine Wettbewerbsbehandlung nicht deswegen unlauter sein, weil sie zur Beschränkung oder Aufhebung des Wettbewerbs als solchen führt. Wird die Beseitigung des Wettbewerbs nicht mit unlauteren Mitteln erzielt, dann scheidet eine Bestandsgefährdung als negativer Bewertungsfaktor im Rahmen des § 1 UWG aus.⁵⁷⁵⁾ Eine solche Folge liegt außerhalb des Wertungsbereichs des § 1 UWG und kann deshalb nicht einen Verstoß gegen die "guten Sitten" darstellen.⁵⁷⁶⁾

b) Keine Marktverstopfung beim Angebot unter Einstandspreis

Ob und inwieweit die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs durch das UWG geschützt und demnach bei der Bewertung zu berücksichtigen ist, soll hier offen bleiben, weil es darauf an dieser Stelle nicht ankommt.

- aa) Auch diejenigen, die eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs in seinem Bestand im Rahmen des § 1 UWG prüfen, sehen selbstverständlich nicht jede Marktverstopfung und die dadurch eintretende Wettbewerbsbeschränkung als Verstoß gegen § 1 UWG an. Die Marktverstopfung kann nämlich durchaus die Folge echten Leistungswettbewerbs sein, beispielsweise wenn das Publikum nur noch eine bestimmte Ware wegen ihrer besonderen Güte kauft.⁵⁷⁷⁾

⁵⁷⁵⁾ Harder, a.a.O. S. 439(441); Koenigs, a.a.O. S. 1041 (1042); Kraft, "Die Berücksichtigung." a.a.O. S. 223 (237, 238);

⁵⁷⁶⁾ Burmann, "Wettbewerbsrecht." a.a.O. S. 250(262); Döll, a.a.O. S. 173(174); Fikentscher, "Wettbewerb." S. 103, 117, 299; Harder, a.a.O. S. 439(440); Kraft, "Die Berücksichtigung." a.a.O. S. 223 (236 ff.); Meyer-Cording, a.a.O. S. 310(312); Sydell, a.a.O. S. 87(88);

- bb) Sieht man die Erhaltung des Wettbewerbs ausschließlich als Schutzobjekt des GWB an, ⁵⁷⁸⁾ kann die Auswirkung einer Handlung auf den Bestand des Wettbewerbs gleichwohl manchmal unter dem Gesichtspunkt der "unmittelbaren Behinderung der Mitbewerber" von Bedeutung sein. ⁵⁷⁸⁾ Kraft rechnet hierzu auch die echte Marktverstopfung, weil hier die Wirkung unmittelbar aus der Handlung selbst folge, ohne daß noch der Marktmechanismus - freie Entscheidung der Konkurrenten oder Abnehmer - die Auswirkung der Handlung letztlich erst hervorruft. ⁵⁷⁸⁾
- cc) Welcher Ansicht man auch folgt, jedenfalls ist nicht jede Gefährdung des Wettbewerbs in seinem Bestand nach § 1 UWG sittenwidrig. ⁵⁷⁹⁾ Tritt eine Marktsättigung als Folge echten Leistungswettbewerbs ein, dann ist die dadurch hervorgerufene Marktverstopfung wettbewerbseigen. Wettbewerbswidrig ist hingegen die gezielte Absatzbehinderung der Mitbewerber durch das Verschenken von Originalware. Dem Mitbewerber wird der Zugang vom Markt verbaut. Ihm wird von vornherein die Möglichkeit abgeschnitten, daß sich der Verbraucher mit seinem Angebot beschäftigt, weil dessen Bedarf vollständig gedeckt ist.
- dd) Da das Verschenken nur den Extremfall des Verkaufs unter Einstandspreis darstellt, ⁵⁸⁰⁾ liegt es nahe, die dort angenommene Marktverstopfung auch bei einem Angebot unter Einstandspreis zu befürworten.

⁵⁷⁸⁾ Kraft, Die Berücksichtigung. J.a.a.O.S.223 (238);

⁵⁷⁹⁾ Baumbach-Referend., § 1 Rdz. 162; BGH GRUR 65, 407 (491) "Kleenex"; BGH GRUR 69, 295 (296) "Goldener Oktober";

⁵⁸⁰⁾ Döll, a.a.O. S. 173(177); Fikentscher, "Die Preisunterbietung." a.a.O.S. 201(209, 210); Hiesemann, a.a.O. S. 33(36);

Deshalb wird auch im Schrifttum ausgeführt, eine Marktverstopfung könne durch den massenweisen Verkauf zu Preisen, die nicht marktüblich seien, erzielt werden. Wenn die Ware besonders billig abgegeben werde, dann müsse dies noch lange nicht auf echtem Leistungswettbewerb beruhen.⁵⁸¹⁾ Auch der Bundesgerichtshof hat im Zusammenhang mit einem besonders günstigen Angebot den Gesichtspunkt der Marktverstopfung geprüft.⁵⁸²⁾

- e) Dem örtlich und zeitlich konzentrierten Verschenken von Originalware kann die Werbung mit dem Angebot unter Einstandspreis jedoch nicht gleichgesetzt werden. Durch das Verschenken wird der Bedarf der Verbraucher bereits befriedigt. Die Kunden kommen gar nicht mehr dazu, sich auch mit dem Angebot der Konkurrenten zu beschäftigen. Die Mitbewerber werden also fast vollständig daran gehindert, ihre Leistung überhaupt auf dem Markt anbieten und zur Geltung bringen zu können.

Anders ist es hingegen bei der Werbung mit dem Angebot von Waren unter Einstandspreis. Durch diese Werbung wird der Bedarf der Verbraucher noch nicht unmittelbar befriedigt. Die Kunden müssen erst einen Kaufentschluß fassen und diesen dann in die Tat umsetzen. Die Rechtsprechung hat wiederholt darauf hingewiesen, daß eine Reklame, mag sie auch noch so intensiv und ausgedehnt sein, keine Marktstopfung verursacht, wenn sie nur den Kauf freizubeeinflussen soll.⁵⁸³⁾

581) v. Sack, Zur Zulässigkeit von...a.a.O.S.65(64)

582) BGH WRP 65, 438 (441) "Einführungsangebot"

583) BGH 23, 365(374) "Suva"; BGH GRUR 65, 542 (544) "Omo";

Den Kaufreiz zu beeinflussen ist auch das Ziel der "Lockvogelwerbung". Kunden sollen aufmerksam gemacht und angelockt werden, um dann auch andere Waren zu kaufen. Die Werbung mit diesen billigen Waren ist also ganz anders gelagert, als das Verschenken. Bei diesem wird der Kunde von vornherein daran gehindert, sich mit der Ware der Konkurrenz überhaupt näher zu beschäftigen. Bei der Werbung mit dem Angebot billiger Waren muß der Kunde diese noch kaufen, kann sich also auch noch für die Leistung anderer Anbieter entscheiden.

Es muß auch bezweifelt werden, ob durch den Verkauf einiger Waren unter Einstandspreis in diesem oder jenem Geschäft der Bedarf der Verbraucher auch nur annähernd in dem Umfang gedeckt wird, wie bei dem in der "Suwa"-Entscheidung vorgenommenen kostenlosen Verteilen der Originalware an alle oder fast alle Haushalte im Werbebereich.

Selbst wenn dies der Fall sein sollte, dann ist es die Folge echten Leistungswettbewerbs, daß die Mitbewerber die Ware nicht zu höheren Preisen verkaufen können. Werbung und Verkauf mit niedrigem Preis ist Einsatz eines wettbewerbseigenen Mittels. Die Folge, Marktsättigung durch Verkauf zu billigem Preis ist, wie im Fall besonderer Qualität der Ware, gerade das Ergebnis des Leistungsvergleichs der Kundschaft.⁵²³⁾ Auch die von v. Sack bei Billigangeboten als Erfordernis echten Leistungswettbewerbs zusätzlich aufgestellte Voraussetzung, das anbietende Unternehmen müsse zu diesem Preis mit den Mitbewerbern im regelmäßigen Geschäftsverkehr in Konkurrenz treten,⁵²⁵⁾ wird hierbei erfüllt.

523) BGHZ 23, 365 (374) "Suwa"; BGE GRUR 65, 542 (544)

524) "Omo";

525) vgl. dazu Baumbach-Hegerner, § 1 Rdn. 162;

"Zur Zulässigkeit von ... a.O. S. 65 (69);

6) Zusammenfassung und Ergebnis

a) Allgemeine wirtschafts- und strukturpolitische Überlegungen, wie Schutz des Mittelstandes oder Schutz schwächerer Mitbewerber ganz allgemein, sind keine öffentlichen Belange, die bei der Bewertung von Wettbewerbsbehandlungen im Rahmen des § 1 UWG herangezogen werden können. Einschränkungen des Werbeaufwandes und besonderer Schutz des Mittelstandes sind wirtschaftspolitische Zielsetzungen, die der Gesetzgeber erst gesetzlich konkretisieren muß, bevor sie in den Wertungsbereich des § 1 UWG einbezogen werden können. Nach der gegenwärtigen Rechtslage ist der Schutz bestimmter Unternehmensformen vor stärkerer Konkurrenz bei dem Unwerturteil über eine Wettbewerbsbehandlung eine sachwidrige und unzulässige Erwägung. Ebenso scheiden betriebs- und volkswirtschaftliche Überlegungen bei der Urteilsfindung aus.

bb) Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung den Schutz der Allgemeinheit vor Nachahmung und Übersteigerung als öffentliche Belang ansieht, dann wird man nur in Sonderfällen die Voraussetzungen einer wettbewerbsrechtlich relevanten Nachahmungsgefahr im Sinne der Rechtsprechung bei der Werbung mit dem Angebot von Waren unter Einstandspreis antreffen. Einmal ist keineswegs sicher, daß sich die Mitbewerber der Werbung mit Verlustpreisen anschließen, zum anderen ist nicht ersichtlich, weshalb dadurch die Interessen der Allgemeinheit erheblich geschädigt oder die Konkurrenten in wettbe-

werbsfremder Weise behindert werden.

- cc) Eine "Marktverstopfung" auf Grund dieser Werbung kann nicht angenommen werden. Wird durch eine Werbung der Kaufreiz angesprochen und führt dies dann zu so intensivem Verkauf, daß der Markt praktisch gesättigt ist, dann liegt auch nach der Rechtsprechung keine unzulässige "Marktverstopfung" vor.

Durch den Verkauf unter Einstandspreis wird keine wettbewerbswidrige Marktsättigung herbeigeführt. Es ist schon zweifelhaft, ob dabei der Bedarf in einem solchen Umfang, wie beim Verschenken der Originalware, gedeckt wird. Außerdem ist der Verkauf zu billigem Preis der Einsatz eines wettbewerbseigenen Mittels. Die dadurch herbeigeführte Marktsättigung stellt deshalb keinen Verstoß gegen § 1 UWG dar.

7. Teil

Interessenabwägung anhand eines konkreten Falles

Wie mehrfach betont, hängt die Bewertung einer Wettbewerbshandlung von allen Umständen des Einzelfalles ab. Deshalb soll auch im nachfolgenden nicht allgemein, sondern an einem konkreten Sachverhalt die Bewertung und Abwägung der dabei von der Werbung mit dem Angebot unter Einstandspreis berührten Interessen vorgenommen werden.

Wenn auch das hierbei erzielte Ergebnis nicht auf alle anderen Fälle dieser Werbung ohne weiteres übertragen werden kann, so werden doch die dabei angestellten Erwägungen je nach den Abweichungen der anderen Sachverhalte in ihren Grundzügen ebenfalls anzustellen sein.

a) Sachverhalt

Ein Verbrauchermarkt bietet in einem Zeitungsinserat zahlreiche Waren zu bestimmten Preisen an. Dabei ist durch besondere Umrahmung folgendes Angebot noch einmal gesondert herausgestellt:

" Mein besonderer Preisknüller:

1/1 Flasche (0,7l) Scharlachberg
Meisterbrand nur DM 9,40

1/1 Flasche (0,7l) Dornkaat nur DM 7,25"

Der Fabrikabgabepreis beträgt DM 7,63 für das Erzeugnis "Dornkaat" und DM 9,35 für "Scharlachberg Meisterbrand". 586)

b) Rechtliche Beurteilung

- aa) Eine Täuschung der Verbraucher nach den §§ 1, 3 UWG über die Preisbemessung des Gesamtsortiments scheidet aus. Durch die besondere Umrahmung und den Werbeslogan: "Mein besonderer Preisknüller" hebt sich dieses Angebot noch einmal deutlich von der übrigen Annonce ab. Für den Kunden ist erkennbar, daß es sich bei diesem Angebot um ein aus dem übrigen Sortiment herausfallendes "Sonderangebot" handelt. Wenn auch nicht ausdrücklich als "Sonderangebot" bezeichnet, so ist für den Kunden jedoch hinreichend klar ersichtlich, daß es sich bei diesem besonders günstigen Angebot um eine Ausnahmeerscheinung handelt.

586) abgewandelter Sachverhalt aus BGR WRP 69, 446 "Lockvogel";

Selbst wenn ein Teil der angesprochenen Verbraucher irrig von der Preiswürdigkeit dieses erkennbaren "Sonderangebots" auf die Preisbemessung des übrigen Sortiments schließen sollte, kann gleichwohl keine nach den §§ 1, 3 UWG relevante Irreführung angenommen werden. Die hier erforderliche Abwägung des Interesses des Anbieters, mit einem rechtlich zulässigen "Sonderangebot" für sich werben zu dürfen, gegen das Interesse eines Teils der Verbraucher, der von einem "Sonderangebot" auf die Preiswürdigkeit des übrigen Sortiments schließt, vor einer solchen Fehlvorstellung geschützt zu werden, ergibt, daß hier das Interesse des Werbenden und das Interesse der Verbraucher, über das günstige Angebot informiert zu werden, vorgehen.⁵⁸⁷⁾ Nach der Wertentscheidung des Gesetzgebers in § 1 Abs. 2 der Anordnung betreffend Sonderveranstaltungen, sind "Sonderangebote" zulässig. Deshalb muß auch eine Werbung mit diesen Sonderangeboten zulässig sein, auch auf die Gefahr hin, daß ein Teil der Verbraucher mit diesen unzutreffende Vorstellungen verbindet.

- bb) Ein Verstoß gegen § 1 UWG wegen "übertriebenen Anlockens" scheidet aus. Der Käufer wird durch die Preiswürdigkeit der Ware selbst und nicht durch außerhalb des Kaufgeschäfts liegende Vorteile angelockt. Ebenso scheidet ein psychologischer Kaufzwang aus. Die Kunden sind weder aus einem Gefühl der Dankbarkeit heraus, noch aus sonstigen Gründen anstandshalber gezwungen,

⁵⁸⁷⁾ vgl. dazu S. 103-107;

a) Sachverhalt

Ein Verbrauchermarkt bietet in einem Zeitungsinserat zahlreiche Waren zu bestimmten Preisen an. Dabei ist durch besondere Umrahmung folgendes Angebot noch einmal gesondert herausgestellt:

" Mein besonderer Preisknüller:

1/1 Flasche (0,7l) Scharlachberg
Meisterbrand nur DM 9,40

1/1 Flasche (0,7l) Dornkaat nur DM 7,25"

Der Fabrikabgabepreis beträgt DM 7,63 für das Erzeugnis "Dornkaat" und DM 9,35 für "Scharlachberg Meisterbrand" 586)

b) Rechtliche Beurteilung

- aa) Eine Täuschung der Verbraucher nach den §§ 1, 3 UWG über die Preisbewessung des Gesamtsortiments scheidet aus. Durch die besondere Umrahmung und den Werbeslogan: "Mein besonderer Preisknüller" hebt sich dieses Angebot noch einmal deutlich von der übrigen Annonce ab. Für den Kunden ist erkennbar, daß es sich bei diesem Angebot um ein aus dem übrigen Sortiment herausfallendes "Sonderangebot" handelt. Wenn auch nicht ausdrücklich als "Sonderangebot" bezeichnet, so ist für den Kunden jedoch hinreichend klar ersichtlich, daß es sich bei diesem besonders günstigen Angebot um eine Ausnahmeerscheinung handelt

586) abgewandelter Sachverhalt aus ZGM WRP 69, 446 "Lockvogel";

Selbst wenn ein Teil der angesprochenen Verbraucher irrig von der Preiswürdigkeit dieses erkennbaren "Sonderangebots" auf die Preisbemessung des übrigen Sortiments schließen sollte, kann gleichwohl keine nach den §§ 1, 3 UWG relevante Irreführung angenommen werden. Die hier erforderliche Abwägung des Interesses des Anbieters, mit einem rechtlich zulässigen "Sonderangebot" für sich werben zu dürfen, gegen das Interesse eines Teils der Verbraucher, der von einem "Sonderangebot" auf die Preiswürdigkeit des übrigen Sortiments schließt, vor einer solchen Fehlvorstellung geschützt zu werden, ergibt, daß hier das Interesse des Werbenden und das Interesse der Verbraucher, über das günstige Angebot informiert zu werden, vorgehen.⁵⁸⁷⁾ Nach der Wertentscheidung des Gesetzgebers in § 1 Abs. 2 der Anordnung betreffend Sonderveranstaltungen, sind "Sonderangebote" zulässig. Deshalb muß auch eine Werbung mit diesen Sonderangeboten zulässig sein, auch auf die Gefahr hin, daß ein Teil der Verbraucher mit diesen unzutreffende Vorstellungen verbindet.

- bb) Ein Verstoß gegen § 1 UWG wegen "übertriebenen Anlockens" scheidet aus. Der Käufer wird durch die Preiswürdigkeit der Ware selbst und nicht durch außerhalb des Kaufgeschäfts liegende Vorteile angelockt. Ebenso scheidet ein psychologischer Kaufzwang aus. Die Kunden sind weder aus einem Gefühl der Dankbarkeit heraus, noch aus sonstigen Gründen anstandshalber gezwungen,

⁵⁸⁷⁾ vgl. dazu S. 103-107;

noch andere Waren einzukaufen. In dem Angeboten unter Einstandspreis liegt auch keine persönliche Herabsetzung irgendwelcher Mitbewerber. Nach ihrem Sinngehalt kann dieser Werbung nicht die Aussage entnommen werden, alle anderen Konkurrenten seien zu teuer.

- cc) Ein Verstoß gegen § 1 UWG ergibt sich nicht daraus, daß die Mitbewerber durch ihre Werbung in ihrer wettbewerblichen Position beeinträchtigt werden. Kein Gewerbetreibender hat einen Anspruch darauf, seinen Absatz und Kundenstamm ungeschmälert beibehalten zu können. Das Interesse der Mitbewerber, vor Umsatzeinbußen geschützt zu werden, ist als solches von der Rechtsordnung nicht geschützt. Nur vor einer Beeinträchtigung mit rechtswidrigen Mitteln soll sie das Wettbewerbsrecht schützen. Hier liegen weder Irreführung der Verbraucher, noch sonstige wettbewerbswidrige Mittel vor, durch die zugleich die Mitbewerber rechtswidrig in ihrer Absatztätigkeit behindert werden.
- dd) Die Werbung stellt auch keine unzulässige Ausbeutung eines fremden Rufes dar. Bei den angebotenen Waren handelt es sich um bekannte Markenartikel. Der "Good-will" ist zwar grundsätzlich ein von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkanntes Interesse. Allerdings ist dieser "Good-will" ebenso wie der Besitzstand der Markenartikelhersteller nicht vor jeder, sondern nur vor rechtswidriger Beeinträchtigung geschützt. Die Einhaltung eines bestimmten Preisniveaus ist heute für die Wehrung des Ansehens des Markenartikels nicht mehr erforderlich.

Der Gesetzgeber hat ausdrücklich erklärt, der Wegfall der Preisbindung tue dem Begriff des Markenartikels keinen Abbruch.⁵⁸⁸⁾

Bei der nur geringfügigen Unterschreitung des Einstandspreises ist schon sehr zweifelhaft, ob und in welchem Umfang Verbraucherkreise hieraus auf eine Qualitätsverschlechterung oder sonstige Umstände schließen, die eine verminderte Wertschätzung dieses Artikels zur Folge haben. Die Wahrscheinlichkeit und Intensität einer Beeinträchtigung des Ansehens dieser Artikel ist demnach nur gering zu veranschlagen.

Das Interesse des Markenartikelherstellers am unbeeinträchtigten Fortbestand des Ansehens seiner Artikel und seines Absatzes hat grundsätzlich zwar gleichen Rang, wie das Interesse des Anbieters, durch die Werbung mit zugkräftigen Artikeln zu billigen Preisen seinen eigenen Umsatz zu steigern. Jedoch ergibt die Einbeziehung der Bewertungsfaktoren dieses Sachverhalts, daß hier das Interesse des Anbieters höher zu bewerten ist.

Es kann nicht zu Gunsten des Herstellers davon ausgegangen werden, daß der Anbieter mit dieser Werbung in unzulässiger Weise den guten Ruf der Ware ausbeutet. Das Ausnutzen der Nachfrage und der besonderen Gütevorstellung, die das Publikum mit den angebotenen Waren verbindet, reicht für ein Unwerturteil nicht aus.

588)

vgl. dazu BT-Drucksache 7/765; S. 4;
BT-Drucksache VI / 2520 S. 15;

Zusätzliche, besondere Umstände, die das Anleihen an fremden Ruf unlauter machen, liegen nicht vor. Ob solche Umstände vorliegen, muß sich immer nach dem Verhältnis zwischen dem Hersteller und dem Nutznießer dieses Rufes beurteilen. Hier bietet der Händler bekannte Markenartikel an, die er vom Hersteller gekauft hat und die er zusammen mit seinem sonstigen Sortiment absetzen will. Mit seiner Werbung und Mischkalkulation erbringt er dabei eine eigene kaufmännische Leistung. Eine Ausbeutung des Rufes des Markenartikelherstellers kann darin nicht gesehen werden.

Der Händler verschafft sich auch keinen gerechtfertigten Vorsprung vor seinen Mitbewerbern, da eine Standesanschauung, jeder Artikel müsse mit Gewinn verkauft werden, nicht besteht.

Zu Gunsten des Werbenden ist die Aufhebung der Preisbindung als Norm gewordene wirtschaftspolitische Entscheidung des Gesetzgebers zu berücksichtigen. Markenartikel können aus dem Konkurrenzkampf im Handel nicht mehr herausgehalten werden. Der Gesetzgeber hat bewußt in Kauf genommen, daß Verluste beim Verkauf von Markenartikeln durch Mischkalkulation ausgeglichen werden. Zugleich bedeutet diese Entscheidung des Gesetzgebers, daß der Hersteller das Ansehen seiner Artikel nicht mehr durch einheitliche Verkaufspreise sichern kann und daß die Durchsetzung eines Mindestpreisniveaus Dritten gegenüber nicht möglich ist.

Andere Folgen dieser Werbung, etwa verringertes Interesse der übrigen Händler an der Führung der Artikel "Doornakaat" und "Scharlachberg Heisterbrand" und für den Hersteller unangenehme Nachfragen seitens anderer Abnehmer nach diesem billigen Angebot, sind wettbewerbsrechtlich irrelevant.

Dieser Werbung stehen auch "öffentliche Belange" nicht entgegen. Wirtschaftspolitische Überlegungen, wie Schutz des kleinen und mittelständischen Einzelhandels spielen, weil sie außerhalb des Wertungsbereichs des § 1 UWG liegen, keine Rolle. Der Gesetzgeber ist der Auffassung gewesen, durch die Aufhebung der Preisbindung und die von ihm in Kauf genommene Mischkalkulation werde keine volkswirtschaftlich unerwünschte Konzentration eintreten.⁵⁶⁸⁾ Es ist grundsätzlich Aufgabe der Wettbewerbspolitik⁵⁶⁸⁾ und nicht der Rechtsprechung zu § 1 UWG, den Wettbewerb aufrechtzuerhalten und vor Machtkonzentrationen zu schützen.

Ein öffentliches Interesse am Schutz vor "Nachahmung und Übersteigerung" wird im vorliegenden Fall nicht verletzt. Zunächst einmal bietet der Sachverhalt keinen Anhaltspunkt dafür, daß andere Mitbewerber in diesen Niedrigpreis eingetreten sind oder eintreten werden. Die Frage, ob die Verlustkalkulation dieses "Sonderangebots" durch gesteigerte Umsätze ausgeglichen wird, muß von jedem Händler gesondert entschieden werden. Selbst wenn einige Händler in diesen Preis einsteigen, werden dadurch weder öffentliche Interessen geschädigt, noch Belange der Mitbe-

⁵⁶⁸⁾

vgl. dazu BT-Drucksache 7/765; S. 4
BT-Drucksache VI/2520 S. 15;

werber in wettbewerbwidriger Weise beeinträchtigt. Die Werbung mit niedrigem Preis ist durchaus wettbewerbseigen.

Die Verbraucher haben ein erhebliches Interesse daran, billig einzukaufen und von dieser Möglichkeit Kenntnis zu erlangen. Demgegenüber muß das Interesse eines Teils der Verbraucher, der irrig von dem vorliegenden Sonderangebot möglicherweise auch auf eine Preiswürdigkeit des übrigen Sortiments schließt, zurücktreten.

Die Interessenabwägung ergibt im vorliegenden Fall, daß die Interessen des Herstellers und der Mitbewerber geringer zu bewerten sind, als die Interessen des Anbieters, Kundschaft zum Kauf anzulocken und die Interessen der Verbraucher an günstigem Einkauf.⁵⁸⁹⁾ Die Werbung mit dem Angebot von Waren unter Einstandspreis verstößt demnach nicht gegen § 1 UWG.

c) Ergebnis

Das Ergebnis dieser Interessenabwägung entspricht dem der herrschenden Meinung. Wie bereits an früherer Stelle ausgeführt, sind Preisunterbietungen nur bei Hinzutreten besonderer Umstände sittenwidrig. Das Unterschreiten des Einstandspreises allein ist kein solch "besonderer Umstand". Das durch Interessenabwägung gefundene Ergebnis bestätigt die Ansicht des Bundesgerichtshofs, der ausführt: "Der Wettbewerb selbst durch Preisgestaltung unter Selbstkosten ist ohne das Hinzutreten besonderer, verwerflicher Umstände nicht unlauter,

589) so auch Fikentscher, "Die Preisunterbietung.." a.a.O. S. 201(204); LG München WRP 72, 482(489) a.A. LG Wiesbaden BB 68, 314(315);

590) Seite 4,5;

auch wenn durch dieses Vorgehen Mitbewerber vom Markt ausgeschlossen werden."⁵⁹¹⁾

Ebenso sieht die übrige Rechtsprechung⁵⁹²⁾ überwiegend den Verkauf unter Selbstkosten nicht als Kriterium einer unzulässigen Preisunterbietung an. Die Handlungsfreiheit und Gestaltungsmöglichkeit, die die freie Marktwirtschaft eröffnet, beschränkt sich nicht auf den Hersteller, sondern bezieht sich in gleichem Maße auf die Verteilerstufe.

Die Preisgestaltung ist eine der wesentlichsten Möglichkeiten des Kaufmanns im Wettbewerb Aktivitäten zu entwickeln und seinen Geschäftsbetrieb zu beleben. Die Freiheit der Preisgestaltung wird durch den Einstandspreis nicht begrenzt, sondern gestattet es, mit Verlustangeboten Werbung zu betreiben.

591)

BGH WuW 55, 118 (122) "Händlerrabatt"; ebenso BGH GRUR 60, 331 (334) "Schleuderpreis"; BGH WRP 65, 438 (441) "Einführungsangebot"; BGH WuW 66, 975 (979) "Bauindustrie";

592)

RG GRUR 36, 139(141) "Maschinenputztücher"; OLG Bamberg WRP 65, 395(396); OLG Bamberg WRP 70, 395 (396); OLG Bamberg GRUR 71, 81(82); OLG Düsseldorf BB 67, 1014; OLG Hamburg MuW 1932, 36(37); OLG Hamm WRP 69, 776; LG Hannover WRP 73, 551(553); OLG Karlsruhe BB 59, 392; OLG Karlsruhe WRP 72, 263(264); OLG Koblenz, WRP 72, 265(266); LG Mainz WRP 71, 338(339); LG München WRP 72, 448(449); OLG Oldenburg WRP 60, 19(21); LG Würzburg, Beschl. v. 11.4.1974 Az. O 28/74; a.A. LG Siegen WuW 73, 154; LG Wiesbaden BB 68, 314 (315);

Ebenso ist das Schrifttum ganz überwiegend der Ansicht, Angebot und Verkauf unter Einstandspreis stellten per se keinen Verstoß gegen § 1 UWG dar. ⁵⁹³⁾

Für Markenartikel gilt nichts Abweichendes. ⁵⁹⁴⁾
Diese sind zwar wettbewerbsempfindlicher, genießen aber keinen Sonderschutz im Rahmen des § 1 UWG.

Angebot und Verkauf unter Einstandspreis verstoßen grundsätzlich nicht allein wegen Unterschreitung dieser Kostengröße gegen die "guten Sitten" des § 1 UWG.

593)

Antoni, a.a.O. S. 1172(1173); Baumbach, "Grenzen..." a.a.O.S.2; Baumbach-Hefermehl, §1 Rdz. 193; Burmann, "Leitfaden..." S.3; Callmann, "Der unlautere..." §1 Rdz.74b; Droste, "Die unzulässige..." a.a.O.S. 1(3); Degen, a.a.O.S. 137 (150); Fikentscher, "Die Preisunterbietung..." a.a.O.S. 201(203); Franzen, a.a.O.S.741(746); Goerke, a.a.O.S.61(62); Gutachten 1950/17 des Gutachterausschusses für Wettbewerbsfragen, a.a.O.S.4; Godin-Roth, §1 Anm. 17b; Henke, a.a.O.S.172(175); Holz, a.a.O.S.90; Hohenecker-Friedl, a.a.O.S.75; Hubmann, "Gewerblicher..." §50 IV 1; Kraft, "Unlauterer..." a.a.O.S.83(86); Merkel, a.a.O. S.64; Möhring, a.a.O. S.493(501); Raiser, a.a.O. S.443(446); Reimer, "Wettbewerbsrecht..." II.Bd. S.181; Reimer, "Lockvogelwerbung..." a.a.O. S.568(573); Reimer-Ulmer, "Das Wettbewerbsrecht..." Bd.III Rdn.914,917; Reinhardt a.a.O. S.468(470); Rinck, a.a.O. S.151(156); Rosenthal, "Wettbewerbsrecht" §1 Rdz.163,218; Tetzner, "Gesetz gegen..." §1 Rdz.111; a.A. Becher, "Preisschleudern..." a.a.O.S.297(298); Benisch, a.a.O. S.421(431,432); Briner-Eidenbenz, a.a.O.S.20,24; Gaedertz, Anm.z.U.d. OLG Koblenz v.18.2.1972, WRP 72, 266(268); Gaedertz, "Der Lockvogel-Begriff..." a.a.O. S. 441(444); Hiersemann, a.a.O.S.33(37); Lutz, a.a.O. S.49(51); Martino, "Das Lockvogelurteil..." a.a.O.S.594(598,599); Tschierschky, a.a.O. S.255(259); Wegner, a.a.O.S.141(144);

594)

Droste, Anm.z. U. des BGH v.17.9.1969 "Lockvogel", GRUR 70, 35; LG München WRP 72,448 (449).

LEBENS LAUF

=====

Am 27.5.1946 wurde ich als Sohn des Amtsgerichtspräsidenten Dr. Karl Lindermann und seiner Ehefrau Elfriede in Trais-Horloff (Kreis Gießen) geboren. Von 1952 - 1956 besuchte ich in Wiesbaden die Volksschule, von 1956 - 1965 das Gymnasium.

Nach Ableistung des Wehrdienstes studierte ich von 1967 - 1971 Rechtswissenschaft an den Universitäten Marburg, Heidelberg und zuletzt Mainz, wo ich am 29. Juni 1971 die erste juristische Staatsprüfung ablegte. Das Referendariat leistete ich von 1971 - 1974 in Hessen ab. Dort bestand ich am 19. April 1974 die zweite juristische Staatsprüfung. Von 1974 - 1975 widmete ich mich meiner Promotion. Seit 1975 bin ich in Frankfurt/Main als Rechtsanwalt zugelassen.

Frankfurt/Main, den 4. Mai 1976

Druck:

Ralf Spiegler
Alte Straße 16
6368 Bad Vilbel

